Saperi della borghesia e storia dei concetti fra Otto e Novecento

a cura di

Raffaella Gherardi
e Gustavo Gozzi

Società editrice il Mulino Bologna

Istituto trentino di cultura

Pubblicazioni dell'Istituto storico italo-germanico in Trento

Annali dell'Istituto storico italo-germanico
Quaderno 42

Saperi della borghesia e storia dei concetti fra Otto e Novecento

a cura di Raffaella Gherardi e Gustavo Gozzi

Società editrice il Mulino Bologna

Istituto storico italo-germanico in Trento

Storia dei concetti e saperi della borghesia

Convegno storico
24-25 settembre 1993

Coordinatori:

Raffaella Gherardi

Gustavo Gozzi

Il volume è pubblicato con un contributo CNR.

ISBN 88-15-05102-3

Sommario

Democrazia, diritti:

Introduzione

di *Raffaella Gherardi* e *Gustavo Gozzi*

In questo volume sono raccolti gli atti del seminario svoltosi a Trento nell'autunno del 1993, che aveva come oggetto: «Storia dei concetti e saperi della borghesia».

Questa iniziativa intendeva sviluppare e concludere il progetto di ricerca che era stato avviato, presso l'Istituto storico italo-germanico, con la pubblicazione del volume dal titolo *I concetti fondamentali delle scienze sociali e dello Stato in Italia e in Germania tra Otto e Novecento*, a cura di R. Gherardi e G. Gozzi.

L'intento, in entrambi i casi, era quello di valutare la portata metodologica di quell'approccio storiografico che va sotto il nome di *Begriffsgeschichte*.

Rispetto ai risultati raggiunti in Germania, i saggi qui presentati sviluppano una prospettiva interpretativa che tende costantemente a coniugare la storia dei concetti con la storia costituzionale, concepita come analisi delle forze sociali e politiche, delle dottrine di cui esse si fanno portatrici e delle istituzioni in cui quelle dottrine trovano la loro realizzazione. In tal modo la storia dei concetti viene sottratta al rischio di ridursi a filosofia politica, oppure ad una mera storia delle idee.

In questa prospettiva gli arricchimenti o le perdite di significato dei concetti, l'apertura degli «orizzonti di aspettative» o l'esaurirsi degli «spazi di esperienza» che essi racchiudono (R. Koselleck), non sono solo indicatori o «spie» di un cambiamento costituzionale, ma appaiono piuttosto come mutamenti semantici che sono strettamente funzionali alle trasformazioni dei rapporti di forza e delle forme del domi-

nio che operano all'interno della «costituzione materiale».

I concetti qui indagati – concetti che entrano nelle dottrine per la giustificazione di un ordine politico o che strutturano le ipotesi «scientifiche» delle teorie – delimitano lo spazio del conflitto politico, della legittimazione, del processo della conoscenza scientifica nella cultura dell'Ottocento borghese.

In questo volume le analisi condotte sui concetti presi in esame si richiamano e si rincorrono le une con le altre contribuendo a delineare l'immagine di un grande paradigma interpretativo.

Al centro si pone la complessa concezione dello Stato di diritto che viene affrontata da M. Fioravanti attraverso una lettura condotta su un piano europeo, per evidenziare la contaminazione reciproca dei modelli che sono all'origine dello Stato liberale di diritto. Solo se si superano i modelli nazionali è possibile cogliere l'influenza della pandettistica tedesca in Francia o quella della dottrina britannica sullo statualismo di Georg Jellinek, interpretato come forma di equilibrio e di bilanciamento dei poteri.

La costruzione dello Stato di diritto si svolse attraverso i processi della codificazione, della realizzazione di un'amministrazione pubblica interventista e della progressiva introduzione di forme di autogoverno.

La nascita dei codici ottocenteschi corrispondeva all'esigenza di affermare la certezza del diritto dopo la tempesta rivoluzionaria di fine Settecento, segnata dal trionfo della dottrina giusnaturalistica. Ma l'origine dei codici fu diversa in relazione alle differenti storie costituzionali. Così l'analisi del processo di codificazione che si svolse in Spagna nel corso dell'Ottocento consente di mettere in luce come in quella realtà costituzionale il codice civile, in assenza della unificazione territoriale del diritto privato e senza la statalizzazione del diritto, risultasse infine un «codice sostanzialmente inesistente» (C. Petit).

L'amministrazione pubblica consolidò nell'Ottocento la stabilità dello Stato di diritto, sul fondamento dei principi della supremazia e della unilateralità e attraverso l'affermazio-

ne del *Mehrwert* dell'amministrazione rispetto alla perfetta uguaglianza degli interessi che era invece oggetto del diritto privato (B. Sordi).

L'unitarietà della persona giuridica statale e della sua amministrazione fu, di fronte all'emergenza di nuove figure soggettive poste tra pubblico e privato, quali le diverse casse di previdenza ed i primi enti pubblici, uno dei punti essenziali della riflessione sui caratteri della personalità giuridica pubblica che, tra Otto e Novecento, segnò la trasformazione dello Stato di diritto in Stato amministrativo (G. Bongiovanni).

Quanto all'autogoverno che costituì, come scrive M. Stolleis, un elemento fondamentale del pensiero politico borghese, si può affermare che esso abbia rappresentato la soluzione istituzionale che mirava a porre la società sullo stesso piano dello Stato.

È all'interno di questa complessa realtà costituzionale e istituzionale che si dispiegò l'ideologia borghese dell'Ottocento.

Così il concetto di cittadinanza, nella cui storia è ravvisabile lo sviluppo di un'«antropologia politica della modernità» (P. Costa), appare, nel secolo XIX, sostanzialmente analogo al concetto di nazionalità. Esso può essere interpretato come la condizione di appartenenza (alla comunità nazionale) che fondava il godimento dei diritti; ma l'Ottocento apparve segnato da una crescente lacerazione tra la condizione di appartenenza e la rivendicazione dei diritti.

Il concetto di cittadinanza rivela un'importanza strategica anche nell'analisi delle trasformazioni costituzionali del sistema politico della borghesia olandese dell'Ottocento, che furono infatti connotate da una progressiva separazione tra la condizione della cittadinanza politica e quella della cittadinanza economica (H. Blom).

La scienza giuridica costruì la concezione dei diritti di libertà secondo una prospettiva giuspositivistica, nella quale la famiglia – che era posta al fondamento delle libertà civili e politiche – poteva esistere solo sulla base del possesso individuale.

Il Codice civile del 1865 sancì queste complesse relazioni definendo la proprietà attraverso una regolamentazione del sistema successorio, nella quale trovavano un faticoso equilibrio l'individuo, la famiglia e la collettività. L'analisi dell'istituzione familiare consente così di svelare le molte facce dell'individualismo borghese (R. Romanelli).

I molteplici rapporti in cui operava l'individuo borghese e la pluralità degli interessi che cercavano una composizione armonica, tracciarono l'itinerario del concetto di libertà che trovò nella legge il proprio fondamento e nel riconoscimento del limite una necessità imprescindibile (R. Gherardi).

Se la scienza giuridica elaborò i principi del sistema normativo all'interno della realtà del diritto positivo, al contrario la scienza economica, da Minghetti a Messedaglia, da Lampertico a Boccardo, trovò dapprima nel diritto naturale il fondamento dei concetti di libertà e proprietà e solo successivamente approdò, attraverso le opere di Pareto e di Barone, a interpretazioni funzionalistiche di questi concetti, incentrate sulla indispensabilità del mercato (A. Cardini).

Infine occorre osservare che il complesso paradigma, che teneva insieme la molteplicità dei saperi e delle forme ideologiche dell'Ottocento borghese, si apriva in due diverse direzioni: da una parte, verso una prospettiva più risalente che comprendeva la tormentata fase di transizione dall'età di *ancien régime* allo Stato liberale di diritto e la graduale scomparsa, nel corso dell'Ottocento, della cultura dei privilegi. Le libertà concesse dal principe furono infatti sostituite dalla libertà come valore fondamentale riconosciuto dalle costituzioni, e ai privilegi si sostituì la norma di legge. (Ma la cultura dei privilegi sembra riproporsi, come scrive H. Mohnhaupt, sia pure in forme diverse, anche nella realtà dello Stato costituzionale contemporaneo attraverso la tensione tra «generalizzazione» e «individualizzazione» dell'ordinamento giuridico).

Dall'altra parte, quel paradigma si estendeva verso una prospettiva che comprendeva il complesso sviluppo dallo Stato di diritto all'età della democrazia contemporanea.

Il problema della democrazia affondava le sue radici nel sistema liberale italiano che fu fortemente condizionato dalla paura delle masse. Questa minaccia diede origine al vasto dibattito e alle molteplici proposte avanzate per modificare la forma rappresentativa del sistema politico: in questo contesto nel corso dell'Ottocento, in Italia, il concetto di democrazia fu sostanzialmente «sinonimo di governo rappresentativo» (S. Piretti).

Ma il problema della democrazia può essere affrontato anche come graduale superamento del paradigma dello Stato di diritto. All'interno della democrazia costituzionale contemporanea – nel volume è analizzato il caso di Weimar – sopravvive infatti la dottrina dei diritti pubblici soggettivi (propria del *Rechtsstaat*), ma ad essa si affianca un vivace dibattito dottrinario che si interroga sul mutamento di significato dei diritti fondamentali nello Stato costituzionale democratico. Essi racchiudono i principi conflittuali, che alimentano l'irriducibile pluralismo della realtà contemporanea, e il problema delle odierne democrazie, segnate dal contrasto tra i diritti fondamentali, si rivela infine come la questione delle condizioni di possibilità del pluralismo (G. Gozzi).

Di tutto ciò tenta di dar conto la storia dei concetti sviluppata nei lavori raccolti in questo volume. Questo approccio, costantemente coniugato con la storia costituzionale, sembra dunque in grado di gettare nuova luce sul paradigma dei saperi che, tra Otto e Novecento, si posero a fondamento e a legittimazione del sistema politico contemporaneo.

Sezione prima

Pubblico/privato

Privilegi, Stato di diritto, codice
Amministrazione, autogoverno, personalità giuridica pubblica

I diritti di privilegio e i diritti di libertà nella Germania del XVIII e XIX secolo

di *Heinz Mohnhaupt*

I.

Dato il tema del convegno, il titolo del presente contributo si può dire individui una contrapposizione essenziale: quella che distingue, da un lato, i diritti umani alla «libertà» unica e indivisibile – ivi compreso il loro esercizio –, e dall'altro i «privilegi», distribuiti in gran numero proprio sulla base di diritti. La differenza di fondo traspare già dal plurale «privilegi» e dal singolare «libertà», quest'ultima intesa in modo unitario all'interno del diritto razionale. È inoltre indicata una linea di sviluppo che, dalle libertà derivanti da concessione di privilegi, conduce alla «libertà» fondata su diritti umani originari. Tale linea si estende, cronologicamente, dall'illuminato secolo XVIII alla Rivoluzione borghese del 1789, fino al costituzionalismo del secolo XIX e alla società civile da esso propugnata. All'*ancien régime*, quale epoca delle innumerevoli «libertà», subentra lo Stato costituzionale di diritto, tutore della libertà del cittadino. Il fondamento moderno della libertà è posto e costituito dal principio dell'uguaglianza, così come l'assenza di questo determina, al contrario, i privilegi e le «libertà» dell'*ancien régime*. I diritti collettivi di ceto, quelli individuali speciali e altri diritti regionali, territoriali e locali valutati nel XVIII secolo secondo il metro dell'«égalité» cadono, nel secolo seguente, generalmente sotto l'accusa di ingiustizia. Gli obiettivi cui si guarda sono ora l'unità e l'uguaglianza del diritto e dello Stato. Nel 1864, sulle pagine del *Deutsches Staats-Wörterbuch* di

Traduzione di Claudio Tommasi.

Bluntschli e Brater, Josef Pözl afferma che il termine «privilegio» è ormai un concetto «aborrito quasi incondizionatamente poiché l'oggetto che denota non è più ritenuto attuale»[1]. E a parere di Pözl, l'inattualità di questo istituto giuridico (il «privilegio», appunto) consiste nel suo porsi in «contraddizione col principio dell'uguaglianza»: dunque, anche con le «costituzioni positive» del XIX secolo.

Nella moderna società borghese del profitto e del benessere, come pure nella sua cornice giuridico-statuale, questa valutazione negativa del privilegio permane immutata, benché i criteri di giudizio paiano oggi più improntati a una considerazione di tipo sociale. La critica che spesso investe oggi i «privilegi» di deputati e partiti, il privilegio d'avvocatura e quello di responsabilità del giudice (§ 336 del codice penale, § 839 II, del codice civile), i privilegi fiscali e le sovvenzioni economiche per gruppi, settori dell'economia, associazioni ecc., è nota e si ripropone di continuo.

In un simile contesto, l'uso del termine «privilegio» denota oggi, principalmente, una certa tensione e differenziazione sociale, che si fondano su una buona dose di biasimo per la disuguaglianza di *status* che oppone il critico al gruppo o alla persona cui si rivolge. Tale valutazione non è limitata al solo ambito tedesco. Espressioni come «... le privilège a mauvaise réputation»[2] o come «... privilege is almost a dirty word...»[3] sono giudizi spregiativi diffusi ormai su scala internazionale. Ancor oggi, il postulato costituzionalistico dell'uguaglianza fa da supporto, per lo più dichiarato, al giudizio di condanna, secondo cui:

«La parola 'privilegio' ha un pessimo suono nelle società democra-

[1] Cfr. J. PÖZL, *Privilegium*, in J.C. BLUNTSCHLI-K. BRATER (edd), *Deutsches Staats-Wörterbuch*, VIII, Stuttgart-Leipzig 1864, p. 372.

[2] Cfr. J. GAUDEMET, *Ambiguité du privilège* (1986), in dello stesso, *Droit de l'Eglise et vie sociale au Moyen Age*, Northampton 1989, p. 45.

[3] Cfr. D.H.N. JOHNSON, Recensione a C.E. WILSON, *Diplomatic Privileges and Immunities*, Tucson (Arizona) 1967, in «The Modern Law Review», XXXI, 1968, p. 721.

tiche che si ispirano all'idea di uguaglianza. Vi echeggiano sentori d'ingiustizia, di disuguaglianza e di regime dispotico»[4].

Krüger definì il privilegio «nemico della democrazia come dello Stato»[5]. Per questo, a suo dire, le società e le istituzioni strutturate in modo gerarchico (ad es. la Chiesa cattolica) non avrebbero alcuna difficoltà a legittimare il sistema dei privilegi. D'altra parte, nei dibattiti che hanno luogo entro gli Stati e le società democratiche circa i privilegi e i diritti speciali, il principio dell'uguaglianza come argomento e come metro di giudizio va soggetto a un uso ambivalente. Infatti, nelle critiche rivolte al privilegio e alla società «dei privilegi», la sua funzione consiste molto spesso nel provvedere un mezzo, col quale ottenere più un miglioramento della propria condizione sociale che non il ripristino di un principio di uguaglianza ormai avulso dalla realtà del diritto. Sarebbe a dire che la critica ai privilegi degli altri esprime oggi più una lamentela per la mancanza di privilegi propri[6], che non il desiderio di vederli aboliti totalmente. Lo si evince già dal neologismo «sottoprivilegiati», così diffuso nell'idioma quotidiano della società tedesca. Per intendere l'opposto si parla inoltre di «privilegi particolari»[7] o di «categorie privilegiate». Adottando poi la logica di queste costruzioni verbali, si dovrebbe pure parlare del «superprivilegiati», in quanto «privilegiati» fra i «privilegiati». Il che ci porterebbe a chiederci chi siano i privilegiati semplici, quale categoria mediana fra i due gruppi estremi. Una rivendicazione sociale e

[4] Cfr. W. AYMANS-MÖRDSDORF, *Kanonisches Recht. Lehrbuch aufgrund des Codex Juris Canonici*, ... neubearbeitet von W. Aymans, I, Paderborn-München-Wien-Zürich 1991, p. 256.

[5] Cfr. H. KRÜGER, *Allgemeine Staatslehre*, Stuttgart 1964, p. 942.

[6] Cfr. analogamente W. FIKENTSCHER-H. FRANKE-O. KÖHLER, *Ueber Aufgaben und Möglichkeiten einer historischen Rechtsanthropologie*, in W. FIKENTSCHER-H. FRANKE-O. KÖHLER (edd), *Entstehung und Wandel rechtlicher Traditionen*, Freiburg-München 1980, p. 44.

[7] Con riferimento ai vecchi e nuovi «privilegi di mercato», si veda al riguardo Ch. WOLF, *Grundstrukturen des Marktrechts. Marktfestsetzung, Marktfreiheit und «Marktprivilegien» unter besonderer Berücksichtigung ihrer historischen Entwicklung*, Baden-Baden 1988, p. 132.

giuridica è inoltre palpabile, ancora oggi, nelle metafore e nei ragionamenti che descrivono lo Stato per ceti, notoriamente ostile al principio dell'uguaglianza. Nel 1856, parlando della Francia prerivoluzionaria, Alexis de Tocqueville si esprimeva in termini assai pregnanti:

«Queste prerogative miserabili colmavano d'invidia coloro che ne erano privi, e dell'orgoglio più egoistico quelli che le possedevano»[8].

Allo stesso modo, nel *Deutsches Staats-Wörterbuch*, Josef Pözl motiva la «riflessione contro l'introduzione di privilegi»:

«... infatti, tutti coloro cui non toccano privilegi o entrano in qualche rapporto con privilegiati, si ritengono svantaggiati e cercano di combattere questo stato di cose»[9].

Un atteggiamento simile caratterizza anche l'attuale dibattito sulla giustizia distributiva nella moderna società borghese e nella moderna economia di mercato, che dovrebbe impedire il formarsi di una «privilegentsia», come l'economista svizzero Guy Kirsch definì la piccola schiera dei beneficiari della vecchia economia socialista di piano[10]. Si può quindi affermare che l'epoca dei «privilegi» non è ancora giunta a termine: «Mais, polymorphe, sous des formes malignes, le privilège est partout présent»[11]. L'ideologizzazione del privilegio, dalla Rivoluzione Francese in poi, segna un durevole processo, che si riflette spesso nel linguaggio e nell'azione politica. Emmanuel Sieyès, nel 1788, stigmatizzò i privilegi come «misera invenzione», spiegando: «... convenez que c'est une pauvre invention que celle des privilèges»[12]. E un *pam-*

[8] Cfr. A. DE TOCQUEVILLE, *L'ancien régime et la révolution*, Paris 1859[4], pp. 165 s.

[9] Cfr. J. PÖZL, *Privilegium*, cit.

[10] Cfr. G. KIRSCH, *Mit der Marktwirtschaft gegen die Marktwirtschaft. Ueber Ungleichheit und Privilegien in einer freien Ordnung*, in «Frankfurter Allgemeine Zeitung», 4 ottobre 1986, p. 15.

[11] Cfr. J. GAUDEMET, *Ambiguité*, cit.

[12] Cfr. E.J. SIEYÈS, *Essai sur les privilèges*, Paris 1822, p. 3.

phlet tedesco, comparso anonimo nel 1800 col titolo *Die Privilegien des Adels in Baiern vor dem Richterstuhl der gesunden Vernunft* [I privilegi della nobiltà di Baviera di fronte al tribunale della sana ragione], riprendendo alla lettera, in molti passi, l'*Essai sur les privilèges* di Sieyès, fece interamente proprio anche il suddetto giudizio[13].

Queste osservazioni semantiche e sociolinguistiche, relative al privilegio, valgono a illustrare come la «misera invenzione», presente già nelle fonti di diritto romano – la legge delle dodici tavole, ad esempio, reca la formula: «Privilegia non irroganto» – e nel diritto comune medievale, possa ammettere una grande varietà di accezioni, in rapporto sia agli effetti che alla struttura di diritto, Stato e società. Il privilegio, da un lato, si pone come elemento di rottura in una possibile individualizzazione e generalizzazione dell'ordinamento giuridico e sociale, mentre dall'altro può conferire uno *status* giuridico e sociale a chiunque lo detenga. Ove i privilegi concorrano a definire un ambito territoriale, regionale o locale di diritto – ossia, un «ius particulare» –, si può anche parlare di privilegi orizzontali, da cui discendono sovranità e ambiti di sovranità statali o giuridici. Ove invece i privilegi determinino una gerarchia sociale o di diritto, si parlerà di privilegi verticali. È dunque evidente come la questione dei privilegi possa interessare modelli, anche assai diversi, di ordinamento sociale e giuridico[14]. E tali modelli, in sé, non rappresentano affatto alternative esclusive, per quanto la teoria e la prassi dei secoli XVIII e XIX, muovendo dai fondamentali principi della libertà, dell'uguaglianza e della proprietà, li abbia contrapposti l'uno all'altro, facendoli apparire come tipici di due diverse realtà epocali.

[13] Cfr. *Die Privilegien des Adels in Baiern vor dem Richterstuhl der gesunden Vernunft*, s.l. 1800, p. 3: «Un grande scrittore dice che i privilegi, favorendo solo qualcuno, avviliscono gli altri e li lasciano in balia dell'oppressione. Se in ciò consiste la loro giustizia, bisogna dire che si tratta di una ben misera invenzione».

[14] Cfr. analogamente G. BOSSENGA, *The politics of privilege. Old regime and revolution in Lille*, Cambridge Univ. Press 1991, p. 5.

II.

La comprensione del gradiente evolutivo che distingue i secoli XVIII e XIX esige che, prima di tutto, si isoli il nucleo giuridico dell'istituto del *privilegium*, così come era stato plasmato, su base giusnaturalistica, dalla teoria e dalla prassi settecentesche[15]. Solo la sua configurazione dogmatica consente infatti di illustrarne i significati funzionali e i mutamenti subentrati nel XIX secolo entro la compagine dell'ordinamento giuridico e sociale.

Una definizione univoca del concetto di privilegio è oggi assai ardua, né è stata possibile nelle epoche passate[16]. Ciò, per almeno due ragioni. Da un lato, il concetto di *privilegium*, mutuato dal diritto romano e canonico, si è arricchito nel corso del tempo con l'assimilazione di molti altri concetti paralleli o alternativi, quali ad esempio quelli di *beneficium*, *constitutio personalis*, *praerogativa*, *gratia*, *indulgentia*, *ius singulare* ecc. Dall'altro, il carattere di privilegio è stato definito, in parte, secondo i criteri formali della trasmissione documentaria del diritto e, in parte, secondo la qualità del diritto trasmesso: nel senso, cioè, di un diritto singolo che, contrariamente alla legge generale, investe il detentore di un 'privilegio' o diritto particolare. Ciò ha fatto sì che ancor oggi il *privilegium* venga inteso come favore (*privilegium favorabile*) per colui o per coloro che ne fruiscono. Stando all'etimologia, il *privilegium* è una legge (*privata lex* o *lex in privos lata*)[17]. Tale accezione ricevette un proprio fondamento dalla dottrina della legislazione, che prese corpo durante l'*ancien régime* dal connubio fra dottrina privatistica delle fonti giuridiche e dottrina «pubblicistica» dei

[15] Sul privilegio nel XVIII secolo si vedano anche: H. MOHNHAUPT, *Untersuchungen zum Verhältnis Privileg und Kodifikation im 18. und 19. Jahrhundert*, in «Ius commune», V, 1985, pp. 71-121; dello stesso, *Privatrecht in Privilegien*, in *Vorträge zur Geschichte des Privatrechts in Europa* (Ius commune, Sonderhefte 15), Frankfurt am Main 1981, pp. 58-75.

[16] Cfr. H. MOHNHAUPT, *Untersuchungen*, cit., pp. 74-81.

[17] Cfr. G.Ch. GEBAUER, *Singularia de privilegiis*, Gottingae 1749, pp. 9-15; si veda anche H. MOHNHAUPT, *Untersuchungen*, cit., pp. 77-79.

diritti di sovranità. La *potestas legislatoria*, collegata in età assolutistica col monopolio da parte del sovrano dell'intera produzione giuridica, includeva anche la facoltà di emanare ordinanze con valore di legge[18]. Di queste, la principale era naturalmente la *lex generalis*. Essa però poteva ammettere eccezioni che, sanzionate ciascuna da una *lex specialis*, si ponevano in contrasto con le norme generali o col diritto comune, aventi validità illimitata. Già in Bartolo sta scritto: «Privilegium est lex scripta contra ius commune»[19]. La concessione di privilegi «contra ius commune» poteva dunque essere intesa come violazione della norma generale, come creazione di un diritto al di fuori della legislazione esistente o, infine, come surrogato alla mancanza di una norma generale. Il diritto di emettere ordinanze a favore di singoli e a scapito, o al di fuori, della legge rientrava ovviamente fra le spettanze del potere legislativo. Nel 1738 Bilderbeck spiegava: «Chi detiene il potere di dare leggi, ... ha anche la facoltà di concedere *privilegia* e libertà determinate...»[20]. I concetti di «privilegia» e di «libertà», qui usati come sinonimi, denotano l'affrancamento da un obbligo fissato da una norma generale o dal diritto comune. Il loro specifico carattere di «libertà» sta dunque in questo: nel permettere un'azione contraria oppure estranea alla legge, tanto che si può parlare di una libertà concessa in virtù di un particolare atto giuridico. Durante l'*ancien régime*, essendo i ceti solitamente esclusi dalla legislazione, sia la legge, sia le eccezioni (i «privilegi») facevano capo al potere unico, di dominio e disposizione, del sovrano. Fino al 1806, anche l'imperatore del Sacro Romano Impero detenne, come *ius reservatum*, il diritto alla concessione di privilegi, benché nel *Reichstag* i ceti imperiali fossero *partners* con pari diritti nella funzione legislativa.

[18] Cfr. H. MOHNHAUPT, *Potestas legislatoria und Gesetzesbegriff im Ancien Régime*, in «Ius commune», IV, 1972, pp. 188-239 (in part. pp. 199 ss.).

[19] Cfr. BARTOLUS, *Com. ad D 1.4.3., nr. 3*, in BARTOLI A SAXOFERRATO *Opera*, ...nova facta a P.C. Brederodio, Basileae 1589, p. 73.

[20] Cfr. Chr. L. BILDERBECK, *Teutscher Reichsstaat*, Franckfurt-Leipzig 1738, col. 433 (cap. VI).

D'altronde le capitolazioni elettorali avevano a tal punto limitato questo diritto imperiale che, conferendo privilegi, l'Impero non poteva più perdere nessun diritto[21]. La peculiare qualità di legge del privilegio venne inoltre desunta dalla *dispositio* e dalla formula penale del testo (o del documento) relativo. La concessione di una facoltà speciale ai privilegiati comprendeva infatti di regola anche l'ordine, con minaccia di pena, a tutti i sudditi non privilegiati, di proteggere, e non ostacolare, il detentore di privilegio nell'esercizio del suo diritto speciale[22]. Tale obbligo di difesa, garantito personalmente dal legislatore, significava dunque per tutti i sudditi un'identica facoltà d'azione o di omissione, che, valendo generalmente, assumeva un carattere di legge. Il divieto d'opporsi e il dovere di protezione divennero così diritti immediati e reciproci, con effetto su terzi, e per struttura possono essere equiparati ai moderni «diritti soggettivi»[23]. Il 'diritto' del privilegiato ha, come contrario, il 'non diritto', inteso come divieto d'opposizione per chiunque altro. La facoltà d'azione del primo e il divieto per i secondi di disturbare il privilegiato nell'esercizio del suo diritto, formano un complesso di norma soggettiva e normatività oggettiva vincolante. La struttura di questa doppia relazione giuridica era ben nota alla dottrina settecentesca. Bilderbeck nel 1738 descrisse molto bene questo doppio carattere del privilegio

«Il privilegio, che un principe conferisce a una certa persona o a una intera comunità, dal punto di vista del principe non è altro che una legge, la quale obbliga all'osservanza tutti coloro che risiedono sul territorio. Ciò perché è proibito a ogni altro suddito intralciare

[21] Si veda ad esempio A.F.W. CROME, *Die Wahlkapitulation des römischen Kaisers Leopold des Zweiten; mit historischen und publicistischen Anmerkungen*, Hildburghausen 1791, pp. 137-139 (art. XVIII).

[22] Cfr. H. MOHNHAUPT, *Untersuchungen*, cit., pp. 78-80.

[23] Cfr. K. LARENZ, *Zur Struktur «subjektiver Rechte»*, in F. BAUR-K. LARENZ-F. WIEACKER (edd), *Beiträge zur europäischen Rechtsgeschichte und zum geltenden Zivilrecht. Festgabe für Johannes Sontis*, München 1977, p. 139, ove questa corrispondenza è posta in relazione col «diritto signorile» della proprietà.

il privilegiato nell'esercizio del privilegio concessogli. Dal punto di vista di quest'ultimo (persona singola o comunità), si tratta invece di un privilegio, di un favore, di una grazia e di una libertà, concessa in forma particolare»[24].

Dunque, il privilegio si articola su due piani: da un lato, il rapporto giuridico, che il sovrano stabilisce di persona, fra il legislatore e il destinatario di tale privilegio come relazione e concessione soggettiva con garanzia di tutela; dall'altro il divieto di nuocere con minaccia di pena a tutti i sudditi non privilegiati come diritto oggettivo. Il diritto privato soggettivo e la norma oggettiva, sanzionata penalmente, si completano così l'un l'altra. L'elemento soggettivo del privilegio – ossia la facoltà che conferisce, nel senso di un «diritto» – fonda nello stesso modo la sua validità in una decisione soggettiva del sovrano, in quanto legislatore, vale a dire nella sua grazia. Proprio questo induce Christian Wolff a parlare del privilegio anche nel senso di una «concessione di libertà». Leggiamo infatti:

«Una concessione di libertà (*privilegium*) è il conferimento di un diritto che, positivo o negativo, favorevole a una o più persone o persino a un ordine determinato di persone, non sia però appannaggio di nessun altro. ... Chiunque benefici di una concessione di libertà, si dice privilegiato (*privilegiarius, privilegiatus*). Poiché il conferimento di privilegi induce altri a soffrire del fatto che il privilegiato goda del proprio diritto, e proibisce loro di fare cose che possano nuocergli, si dirà, allora, che i privilegi sono in realtà leggi, in quanto emanati dal sovrano che ha potere di legislazione..., e a lui spetta anche il diritto di favorire mediante una legge..., chi sia provvisto di privilegi; e pertanto il diritto di concedere privilegi fa parte dei diritti di sovranità»[25].

[24] Cfr. Chr. L. BILDERBECK, *Teutscher Reichsstaat*, cit., col. 433. Si veda anche W.X.A. Frhr. VON KREITTMAYR, *Anmerkungen über den Codicem Maximilianeum Bavaricum Civilem* (1756), I. Theil, neue unveränderte Auflage, München 1821, p. 96: «Infatti, se una persona è privilegiata, vale come legge per gli altri sudditi di non poter nuocere al liberato nel godimento della sua libertà» (§ XVI).

[25] Cfr. Chr. WOLFF, *Grundsätze des Natur- und Völckerrechts, worin alle Verbindlichkeiten und alle Rechte aus der Natur des Menschen... hergeleitet werden*, Halle 1754, p. 757 (§ 1047).

Il conferimento di privilegi, in quanto legge, scaturisce dalla «gratia» del sovrano, per cui di regola neppure i ceti possono esserne partecipi per diritto proprio. I privilegi di cui godono infatti sono solitamente favori o manifestazioni della grazia del signore territoriale, dal quale i ceti ricevono, o hanno confermati, i loro diritti e le loro libertà. Questo ci porta ad affermare che anche il concetto di diritto e libertà cetuale include sempre un vincolo soggettivo ad un concreto rapporto di potere e al sistema giuridico che ad esso fa capo: poiché solo all'interno di quest'ultimo, i diritti e le libertà cetuali possono essere tutelati[26]. Il rapporto giuridico, formato dai privilegi cetual-corporativi, fu costitutivo dello Stato dualistico per ceti. Sporadicamente ai privilegi e alle libertà di ceto poteva corrispondere anche un rango costituzionale. Laddove i ceti mantennero la loro influenza politica, i loro diritti e libertà furono preservati mediante conferma da parte del sovrano, mentre all'opposto la posizione di quest'ultimo era sanzionata dal loro omaggio. Come *mutua obligatio*, che all'obbligo di tutela per il sovrano abbinava l'obbligo di obbedienza per i sudditi, questa conferma dei privilegi aveva anche un carattere contrattuale. Essa doveva servire, innanzitutto, a evitare una erosione politica di tali diritti e a rendere impossibile una revoca unilaterale.

Ma il carattere di grazia del privilegio aveva anche un significato dogmatico, inerente proprio ai privilegi concessi dal potere legislativo. Tale significato rinviava ancora alla concezione medievale e, in special modo, alla prassi di conferimento seguita dai papi[27] fino al secolo XVIII. Conseguenza della visione dogmatica era che i diritti di libertà, concessi mediante privilegi, potevano essere soppressi per revoca della grazia, ossia, in termini tecnici, erano soggetti alla riserva

[26] Cfr. A. HOLENSTEIN, *Die Huldigung der Untertanen. Rechtskultur und Herrschaftsordnung (800-1800)* (Quellen und Forschungen zur Agrargeschichte, 36), Stuttgart-New York 1991, pp. 344-346.

[27] Si veda al riguardo l'ancora fondamentale D. LINDNER, *Die Lehre vom Privileg nach Gratian und den Glossatoren des Corpus iuris canonici*, Regensburg 1917.

della «revocatio privilegiorum». Le sfere di competenza e le facoltà d'agire da essi previste, corrispondevano dunque, nella sostanza, a libertà su concessione, per quanto potessero poi tramutarsi in un diritto pieno. Va da sé che, siccome ogni privilegiato doveva preoccuparsi della possibile revoca dei propri privilegi o «libertà», l'ordinamento giuridico, nel complesso, fosse contraddistinto da grande incertezza. Fino alla fine del XVIII secolo, la dottrina dei privilegi cercò di fissare dogmaticamente i diritti soggettivi nella forma delle libertà su concessione, dando un'interpretazione contrattualistica del rapporto giuridico e personale che, fondato sulla grazia del concedente, si sarebbe istituito fra lui medesimo e il beneficiario[28]. Alcuni modelli di ciò potevano già reperirsi nelle opere dei giuristi. Nel 1623, Johann Köppen jr. dichiarò: «Sic quoque privilegium concessum subdito transiens in contractum non potest revocari»[29]. Il principio base del diritto contrattuale, secondo cui «pacta sunt servanda», avrebbe quindi dovuto applicarsi anche ai privilegi, onde escluderne ogni possibilità di revoca[30]. Leopold von Ranke ha caratterizzato la posizione del privilegiato in questi termini: «Un privilegio... è il connotato di un essere autonomo, non ancora soggetto allo Stato e legato a questo da contratto»[31]. La questione della revocabilità dei privilegi metteva capo direttamente al problema del potere giuridico dello Stato, il quale, sotto l'*ancien régime*, era consistito ancora prevalentemente in un potere di determinazione del diritto monopolizzato dal principe[32]. Occorreva quindi stabilire: 1.

[28] A ciò corrispondeva la distinzione, buona per vari usi, fra *privilegia gratuita* e *privilegia conventionalia*. Cfr. J.H. BÖHMER, *Introductio in ius publicum universale*, Pragae 1703, p. 201 ss.

[29] Cfr. J. KÖPPEN jr., *Enucleationum ad quaestiones juris haut vulgares, in formam consiliorum partim, ... decas secunda...*, Francofurti 1623, p. 61 (n. 47).

[30] Cfr. C.F. HÄBERLIN (ed), *Repertorium des Teutschen Staats und Lehnrechts*, 4. Theil, Leipzig 1795, p. 291.

[31] Citato in F. SCHNABEL, *Deutsche Geschichte im neunzehnten Jahrhundert*, II, Freiburg 1949[2], p. 30.

[32] Cfr. H. MOHNHAUPT, *Potestas legislatoria*, cit., pp. 199 ss.

Se e in che misura la quota individuale di privilegi e le libertà d'azione, concesse al singolo anche in deroga al diritto generale, potessero essere abolite a vantaggio del potere centrale (del principe o dello Stato) e rimpiazzate da un diritto universale ed eguale fissato per legge (su questo punto, la questione dei privilegi veniva incrociandosi coi dibattiti sulla codificazione, in corso nel XVIII secolo)[33]; 2. In che modo le sfere soggettive di diritti e facoltà, garantite e protette dal privilegio, potessero essere preservate e garantite da intrusioni o interventi del principe o dello Stato[34] (qui, invece, la questione dei privilegi investiva l'istituto giuridico della proprietà, l'estensione della sua garanzia e il suo vincolo sociale).

Nel XVIII secolo i diritti dei privati si posero in chiaro contrasto con le esigenze della generalità e del bene comune, il quale, come *bonum publicum*, venne identificandosi sempre più nell'azione del principe o dello Stato sia nel suo indirizzo pratico che nella sua legittimazione teorica. La legge e la legislazione, quali strumenti di regolamentazione statale, fornivano argomenti aggiuntivi in favore della concessione o anche della revoca dei privilegi, che comunque dovevano essere determinati da scopi di pubblica utilità. Il criterio di decisione era costituito dal *bonum publicum*, dal «bene comune», designato anche come «benessere della società»[35] o come «Wolseyn des Ganzen» (prosperità del tutto)[36]. Nell'età dell'Illuminismo e ancor più dell'assolutismo illuminato, simili concetti divennero persino formule magiche, con le quali connotare ogni azione del principe e dello Stato. Molto significativa in proposito è la definizione data da Johann August Schlettwein nel 1784:

[33] Si veda in generale H. MOHNHAUPT, *Untersuchungen*, cit.

[34] Cfr. H. KRÜGER, *Allgemeine Staatslehre*, cit., p. 77.

[35] Cfr. ad esempio Chr. WOLFF, *Vernünfftige Gedancken Von dem Gesellschaftlichen Leben der Menschen Und insonderheit Dem gemeinen Wesen*, Franckfurt-Leipzig 1736[4], pp. 3 ss.

[36] Cfr. H.G. SCHEIDEMANTEL, *Das Staatsrecht nach der Vernunft und den Sitten der vornehmsten Völker betrachtet I*, Jena 1770, p. 231.

«Gli uomini, che vivono uniti nella società, sono i membri della stessa, e il fine dell'unione sociale è la vigilanza, l'interesse preminente, il benessere generale, il bene comune, il *bonum publicum* della società»[37].

A questo «fine ultimo dell'unione sociale» erano orientati anche gli strumenti principeschi di conferimento di diritti nella forma dei privilegi.

La concessione di privilegi fu così fatta dipendere dal grado della sua utilità per il bene collettivo. È quanto si evince dalla formulazione di Christian Wolff:

«Poiché del resto il benessere pubblico è la legge suprema di uno Stato, anche le concessioni di libertà devono essere confacenti al raggiungimento del pubblico benessere»[38].

Tuttavia, questo criterio d'attribuzione poteva acquisire importanza anche nel caso opposto, quando cioè il privilegio non fosse più utile al fine del pubblico benessere o magari gli si ponesse in contrasto[39].

Si dirà allora che non era più in primo piano il favore personale concesso al singolo privilegiato, ma il «bene comune» da realizzare nello Stato e nella società mediante lo strumento del privilegio. Ciò rende palese la funzione di prestazione e guida che legge e privilegio vengono così ad assolvere. Scettico e restio nei riguardi di questi concetti, ritenuti null'altro che strumentalizzazioni arbitrarie dei «governanti», Johann Jacob Moser coniò, per questi criteri non verificabili di decisione, l'ironica etichetta di «medicina universale di Stato»[40]. Peraltro, la disuguaglianza delle libertà borghesi

[37] Cfr. J.A. SCHLETTWEIN, *Die Rechte der Menschheit oder der einzige wahre Grund aller Gesetze, Ordnungen und Verfassungen*, Giessen 1784, pp. 384 s.

[38] Cfr. Chr. WOLFF, *Grundsätze*, cit., p. 758, e anche H.G. SCHEIDEMANTEL, *Das Staatsrecht*, cit., p. 231.

[39] Si veda anche oltre, alle note 63 e 64.

[40] Cfr. J.J. MOSER, *Von der Teutschen Reichs-Stände Landen, deren Landständen, Unterthanen, Landes-Freyheiten, Beschwerden, Schulden und*

nella forma di privilegi venne da lui giustificata in termini di priorità del bene pubblico, cui i privilegi devono comunque subordinarsi. A questo schema teorico giusnaturalistico e utilitaristico è poi correlata una specifica fondazione delle «libertà» e dei privilegi. Nel 1770, ad esempio, Johann Gottlieb Scheidemantel sosteneva:

«La prosperità dello Stato è dunque alla base dei privilegi, tanto che li si può considerare come diritti, mediante i quali il sovrano cerca di eliminare, per il bene di tutti, l'uguaglianza delle libertà civili. A un cittadino essi danno talvolta la facoltà di fare qualcosa che agli altri è vietato, oppure lo esimono da un obbligo che per gli altri continua a valere; nel primo caso si può dunque parlare di diritti di libertà, nel secondo invece, di esenzioni»[41].

Alle più ampie libertà, di cui godono i privilegiati, fa così da corrispettivo un *deficit* di libertà per i non privilegiati: e fra le due cose sussiste un rapporto di complementarità. Heydenreich nel 1795 osservava criticamente: «Ogni privilegio riduce l'uguaglianza dei cittadini...», e definiva «paradossale» il fatto che

«al sovrano spetti senza condizioni il diritto di concedere privilegi. Esso deriva dal contratto di soggezione quando non c'è altro mezzo atto a rimpiazzarlo per il totale o parziale adempimento del fine dello Stato»[42].

Sul rapporto fra uguaglianza e libertà, ciò aveva per conseguenza che non l'uguaglianza, ma

Zusammenkünfften, Franckfurt-Leipzig 1769, pp. 1187 s. Sul diritto di decisione esclusivo, spettante al sovrano circa il bene comune, si veda D. KLIPPEL, *Die Theorie der Freiheitsrechte am Ende des 18. Jahrhunderts in Deutschland*, in H. MOHNHAUPT, *Rechtsgeschichte in den beiden deutschen Staaten (1988-1990). Beispiele, Parallelen, Positionen* (Ius commune, Sonderhefte 53), Frankfurt am Main 1991, pp. 357 s.; Ch. LINK, *Herrschaftsordnung und bürgerliche Freiheit. Grenzen der Staatsgewalt in der älteren deutschen Staatslehre*, Wien-Köln-Graz 1979, pp. 152 s.

[41] Cfr. H.G. SCHEIDEMANTEL, *Das Staatsrecht*, cit., p. 235.

[42] Cfr. K.H. HEYDENREICH, *Grundsätze des natürlichen Staatsrechts und seiner Anwendung*, 2. Theil, Leipzig 1795, p. 4.

«il bene dell'intera società... è misura della libertà, né ci si può illudere, che la libertà possa far scaturire l'uguaglianza»[43].

In merito a una causa relativa al privilegio di ospitalità, la facoltà di giurisprudenza di Erlangen, attorno al 1775, espresse giudizio favorevole, affermando che la libertà individuale, concessa al privilegiato, si poneva in contrasto con la libertà naturale e originaria di tutti i sudditi del luogo. Prima che il primo privilegio fosse stato concesso:

«gli abitanti godevano della naturale libertà di ospitare e sfamare i forestieri; ora però tale libertà è stata abolita... dal privilegio concesso, e quest'ultimo dev'essere naturalmente interpretato nel senso che... gli abitanti non possono più godere, in futuro, di quella primordiale libertà, ma debbano piuttosto conformarsi al diritto d'ospitalità ed asilo, una volta goduto *ex libertate naturali...*»[44].

L'ideazione e costruzione delle sfere di libertà mostra qui come la «libertà naturale», propria in origine di tutti gli abitanti, venga loro sottratta mediante la concessione di un privilegio su un ambito determinato della vita sociale ed economica, e permessa ora solo ai singoli privilegiati. Viceversa, la liberazione da un obbligo di legge mediante privilegio equivale, per i privilegiati, a un ripristino del «godimento della libertà naturale»[45]. L'immagine di un individuo libe-

[43] Cfr. Chr. G. GMELIN, *Freiheit*, in *Deutsche Encyklopädie oder Allgemeines Real-Wörterbuch aller Künste und Wissenschaften*, X, Frankfurt am Main 1785, p. 509 (citato da D. KLIPPEL, *Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts*, Paderborn 1976, p. 101).

[44] Cfr. *Erlanger Fakultätsurteil über die Frage: «Kann ein Landesherr an einem Orte, wo bereits einer das Privilegium der Gastgerechtigkeit besitzt, einem andern... ebenfalls ein solches... ertheilen...»*, in *Neues Leipziger Magazin für Rechtsgelehrte*, hrsg. von Chr. A. GÜNTHER ..., 2. Stück, Leipzig 1786, p. 173. Si vedano inoltre H. MOHNHAUPT, *Untersuchungen*, cit., p. 89, e D. WILLOWEIT, *Gewerbeprivileg und «natürliche» Gewerbefreiheit. Strukturen des preußischen Gewerberechts im 18. Jahrhundert*, in K.O. SCHERNER-D. WILLOWEIT (edd), *Vom Gewerbe zum Unternehmen*, Darmstadt 1982, p. 108.

[45] Cfr. J.F. REITEMEIER, *Allgemeines Deutsches Gesetzbuch aus unveränderten brauchbaren Materialien des gemeinen Rechts in Deutschland* (Das Bürgerrecht in den Deutschen Reichslanden, I), 1. Abt., Frankfurt an

ro da vincoli, in quello «stato di natura» che precede il «pactum unionis» e il «pactum subiectionis», è qui evocata come modello ideale legittimante[46]. Mediante il privilegio, e solo per i privilegiati, la «libertà naturale»[47] è elevata a diritto speciale. E ciò significa che tutti gli altri sudditi hanno perso questa naturale libertà d'azione una volta appannaggio di tutti[48], dovendo ora rispettare il diritto dei privilegiati. Tranne che per costoro, la «libertà naturale» deve ritenersi sospesa. I privilegiati, in realtà, non hanno acquisito nessun nuovo diritto di libertà. Sono gli altri sudditi, semmai, a vedersi esclusi, in nome del bene comune, da quella libertà naturale che solo i privilegiati mantengono.

Abbiamo dunque a che fare con un sistema di libertà concesse e sospese, che si condizionano a vicenda. Causa l'effetto negativo su terzi, che il privilegio induce, la sua concessione può agire in senso sia funzionale che legale, a seconda di come il diritto concesso si configuri entro un campo giuridico bisognoso di regole, in cui la legge manchi oppure taccia. Se ora ci si chiede in quali ambiti giuridici e per quali materie fosse possibile il conferimento di privilegi, la risposta è semplice: fondamentalmente ovunque. «Come *annexum*

der Oder 1801, p. 106: «Quando qualcuno è sciolto dall'obbligo verso una legge generale o particolare che lo riguardi dall'autorità del territorio, in virtù di un simile favore gli spetta il godimento della naturale libertà» (§ 1).

[46] Si veda, in particolare, H. HOFMANN, *Zur Lehre vom Naturzustand in der Rechtsphilosophie der Aufklärung*, in «Rechtstheorie», XIII, 1982, pp. 226-252 (in part. p. 250 s.).

[47] Fondamentale al riguardo è D. KLIPPEL, *Politische Freiheit*, cit., pp. 59 ss. Si vedano inoltre Ch. LINK, *Herrschaftsordnung*, cit., pp. 147 ss.; A. SCHWENNICKE, *Die Entstehung der Einleitung des Preußischen Allgemeinen Landrechts von 1794* (Ius commune, Sonderhefte 61), Frankfurt am Main 1993, pp. 333 e 401-405 (con esempi tratti dai lavori di codificazione per l'*ALR* medesimo); P. LANDAU, *Neue Forschungen zum Preussischen Allgemeinen Landrecht*, in «Archiv für öffentliches Recht», CXVIII, 1993, pp. 447-463 (in part. p. 460).

[48] Sulla graduazione della perdita o della riduzione della «libertà naturale» nello *status civilis*, con riferimento alla dottrina e alle sue influenze sull'*Allgemeines Landrecht*, si veda A. SCHWENNICKE, *Die Entstehung*, cit., pp. 333-336.

al potere legislativo», scriveva Häberlin nel 1795, il diritto di concedere privilegi ha in comune col diritto di legislazione il fatto che può esercitarsi negli stessi ambiti, con la conseguenza: «Pertanto, esso può inerire a qualsiasi oggetto, e quasi ogni giorno si vedono nascere, di conseguenza, nuove specie di privilegi»[49]. Anche Johann Jacob Moser, nel 1773, osservò come ci fossero innumerevoli privilegi e come «di continuo ne nascono nuove specie»[50]. Solo le leggi imperiali, quelle territoriali, il *ius divinum*, il *ius naturale* e il *ius tertii* potevano porre limiti giuridici alla loro concessione. Nel diritto quasi illimitato di concessione, spettante al potere dell'imperatore o del signore territoriale, si palesa l'enorme strumentalità di questo istituto giuridico denominato *privilegium*: il suo proliferare nei settori del diritto privato, del commercio, dell'economia, del traffico e dell'industria, ovunque si trattasse di regolamentare nel dettaglio e in assenza ancora di una regolamentazione legislativa. Le materie disciplinate da uno o più privilegi erano, ad esempio: i *privilegia impressoria*, che riguardavano singoli scrittori, stampatori o editori; i privilegi di mercato, fiera o magazzino; le moratorie, in quanto privilegi di tutela dei debitori; i privilegi di fabbrica, artigianato, miniera e manifattura; i privilegi del commercio; i privilegi di statuto cittadino (*Stadtrechtsprivilegien*); i privilegi di tribunale, di caccia e pesca, di dogana, di moneta e d'imposta; i privilegi particolari di tutela (ad esempio, quelli di scorta); i privilegi d'ospitalità e d'alloggio ecc.[51]. Nel caso singolo questo istituto giuridico dava prova, nella sua strumentalità, di un'enorme capacità dispositiva che poteva sortire, se usato in modo massiccio, anche effetti generalizzanti. Il signore territoriale, titolare

[49] Cfr. C.F. HÄBERLIN (ed), *Repertorium*, cit., p. 289 (§ 10).

[50] Cfr. J.J. MOSER, *Von der Landeshoheit in Gnaden-Sachen* (Neues teutsches Staatsrecht, XVI 7), Franckfurt-Leipzig 1773, p. 42.

[51] Si vedano ad esempio gli elenchi e le indicazioni in J.J. MOSER, *Compendium juris publici moderni regni Germanici. Oder Grundriß...*, Tübingen 1742, pp. 160 ss., 183-187, 515 s., e in Chr. G. BIENER, *Bestimmung der kaiserlichen Machtvollkommenheit in der teutschen Reichsregierung ...*, 2. Theil, Leipzig 1780, pp. 107-127.

del potere legislativo, concedendo privilegi e libertà, o esimendo i privilegiati da obblighi vigenti (anche se fissati per legge), era nella condizione di intervenire fattivamente in quasi tutti i settori della vita sociale.

Se ora si considerano gli ambiti d'applicazione del privilegio, si può dire che essi coincidono con quelli della «polizia». Moser parla infatti delle «innumerevoli... specie» di privilegi[52], mentre Häberlin attribuisce alla «polizia» un campo d'azione «pressoché illimitato»[53]. Quanto all'ambito di applicazione e al contenuto delle materie, i diritti di «polizia» e di privilegio s'intersecano e si sovrappongono più volte[54]. Specialmente nell'ambito dei diritti d'autore e d'invenzione, come pure in quello delle manifatture e delle fabbriche, la funzione del privilegio come strumento di regolamentazione e di azione della «buona polizia» è chiaramente riconoscibile. Esso serve infatti ad accordare e bilanciare gli interessi individuali con quelli della collettività, nel quadro di una politica e di un ordinamento economici di stampo mercantilistico[55]. Ma nella seconda metà del XVIII secolo,

[52] Cfr. J.J. MOSER, *Von der Landeshoheit*, cit., p. 42.

[53] Cfr. C.F. HÄBERLIN, *Handbuch des Teutschen Staatsrechts nach dem System des Herrn... Pütter*, II, Berlin 1794, p. 563.

[54] Cfr. J.J. MOSER, *Auszug seines neuen Teutschen Staatsrechts; ... als ein ... systematisches real-Register...*, Stuttgart 1777, pp. 744-746; dello stesso, *Von der Landeshoheit*, cit., pp. 42 s.; Chr. DIPPER, *Deutsche Geschichte 1649-1789*, Frankfurt am Main 1991 («... interi settori della vita erano ritenuti 'attribuibili alla polizia'»); K. HÄRTER, *Entwicklung und Funktion der Policeygesetzgebung des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation im 16. Jahrhundert*, in «Ius commune», XX, 1993, pp. 61-141 (in part. pp. 77, 82 s. e 86-91). Sull'elaborazione scientifica del diritto di polizia, si veda M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, I: *Reichspublizistik und Policeywissenschaft 1600-1800*, München 1988, pp. 369 ss.

[55] Cfr. D. KLIPPEL, *Die Idee des geistigen Eigentums in Naturrecht und Rechtsphilosophie des 19. Jahrhunderts*, in E. WADLE (ed), *Historische Studien zum Urheberrecht in Europa. Entwicklungslinien und Grundfragen* (Schriften zur Europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte, 10), Berlin 1993, pp. 121-128 (in part. pp. 123-125); B. DÖLEMEYER-D. KLIPPEL, *Der Beitrag der deutschen Rechtswissenschaft zur Theorie des gewerblichen Rechtsschutzes und Urheberrechts*, in F.-K. BEIER *et al.* (edd),

l'uso degli strumenti di regolamentazione va soggetto a un mutamento, segnato dal progressivo abbandono del privilegio e da un più frequente ricorso alle ordinanze di polizia. Significativa, al riguardo, è l'osservazione di Häberlin: «Nelle epoche passate anche il diritto a conferire il diritto cittadino a un luogo, o a concedere privilegi di gilda, di mercato annuale o settimanale, era di esclusiva pertinenza dell'imperatore. Oggi, invece, si può dare per certo che tutto ciò rientri nella 'polizia' territoriale...»[56]. Pur ammettendo che oggetto di queste parole sia soprattutto il declino del diritto imperiale di concessione di privilegio a vantaggio della superiorità dei principi territoriali, è tuttavia trasparente in esse anche la circostanza per cui con la legge generale (in forma di ordinanza di polizia) si potesse ormai intervenire e plasmare la vita sociale ed economica in modo generalizzato: cosa che il privilegio permetteva di fare solo in casi individuali e specifici. Pur possedendo ancora una propria capacità creativa, esso trovava ormai nelle ordinanze di polizia un concorrente valido a disciplinare, giuridicamente, molte materie bisognose di regolamentazione[57].

Il privilegio comunque rimase un utile strumento individuale di concessione di un diritto, dall'impiego, per giunta, più agevole rispetto alla regolamentazione per legge. Ogni libertà concessa per privilegio era una concessione conferita *ad personam*, ottenibile attraverso una procedura regolamentata di richiesta e autorizzazione appositamente istituita[58].

Festschrift zum hundertjährigen Bestehen der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht..., Weinheim 1991, pp. 192-194; G. OTRUBA-M. LANG-H. STEINDL (edd), *Oesterreichische Fabriksprivilegien vom 16. bis ins 18. Jahrhundert* (Fontes Rerum Austriacarum, 3. Abt., 7), Wien-Köln-Graz 1981, pp. 41 ss. e 89.

[56] Cfr. C.F. HÄBERLIN, *Handbuch*, cit., III, Berlin 1797, p. 120.

[57] Cfr. R. GRAWERT, *Historische Entwicklungslinien des neuzeitlichen Gesetzesrechts*, in «Der Staat», XI, 1972, pp. 11 s.

[58] Cfr. H. POHLMANN, *Ein unbekanntes «Reichskanzlei-Formularbuch» im Wiener Archiv*, in «Rechtshistorisches Journal», II, 1983, pp. 130-141 (in part. p. 133), ove l'autore parla perfino di privilegi «fondati su regolare istanza».

Quest'ultima però, in sé, non configurava nessuna pretesa di ottenimento del privilegio. Durante il XVIII secolo, esso mantenne inalterato il proprio carattere di grazia. Ciò era anche nell'interesse del concedente, il quale conservava in tal modo la propria sovrana libertà di disposizione. Nel 1787, nel corso dei lavori per la codificazione dell'*Allgemeines Landrecht* prussiano, il problema ad esempio dell'edificazione di fabbriche – se cioè potesse darsi solo sulla base di un privilegio singolo o non piuttosto su richiesta generale dei cittadini – venne già considerato come un problema inerente la «libertà naturale» e la sua concretizzazione. Tuttavia la questione fu decisa rifacendosi ancora espressamente al tradizionale diritto di privilegio. Valgano al riguardo le seguenti parole del consigliere segreto di giustizia von Grollmann:

> «Il diritto all'installazione di una fabbrica si fonda su di un privilegio. Nessuna legge può stabilire a chi lo Stato sia tenuto a conferirlo, poiché ciò dipende, più che da regole giuridiche, da regole di prudenza»[59].

Il monarca – qui nelle vesti astratte e impersonali dello «Stato» – non voleva che una legislazione generale, fondando pretese, gli togliesse la facoltà di decidere. Il suo intento consisteva piuttosto nel riservarsi, in puro stile assolutistico-illuminato, la decisione ultima sui mezzi idonei al raggiungimento del bene pubblico. In un simile contesto, la «regola di prudenza» sta dunque a significare l'attenzione al *bonum publicum*, in quanto criterio obbligato dell'azione, la cui attuazione soggettiva era stata duramente criticata da Moser[60]. È vero, d'altra parte, che un principio siffatto poteva essere usato anche contro il carattere di grazia del privilegio. Se infatti la sua concessione si rendeva necessaria ai fini del bene comune, anche la dottrina dei compiti dello Stato, propria dell'assolutismo illuminato, avrebbe dovuto concepirla come obbligo, e non già come grazia[61]. La concessione

[59] Citato in D. WILLOWEIT, *Gewerbeprivileg*, cit., p. 97.

[60] Si veda alla nota 40.

[61] Cfr. Chr. D. ERHARD, *Versuch einer Critik des Allgemeinen Gesetz-*

di privilegi comportava inoltre il ricorso a principi e presupposti che erano estranei alla persona del privilegiato e non erano fissati da alcuna legge generale. I principi di libertà e uguaglianza dovevano così continuamente collidere, mentre le libertà personali, conferite mediante privilegio, rimanevano la logica conseguenza dell'inuguaglianza e dell'illibertà imposte così agli altri sudditi.

Ma alla fine del XVIII secolo, in contrasto con la tutela individuale mediante privilegio, venne ponendosi chiaramente la richiesta di un'uguale tutela per tutti i «cittadini di uno Stato». Suo fondamento teorico era la rinuncia alla «libertà naturale», per il bene della «società civile»[62]. Fino ad allora, il *bonum publicum* era valso come criterio per le scelte del signore territoriale (o dello Stato) in merito sia al conferimento che alla soppressione dei privilegi. Nel caso in cui lo scopo primario di un privilegio non coincidesse più col «bene comune», il signore territoriale poteva far valere, in ogni momento, il proprio diritto di revoca, essendo divenuto il privilegio dannoso alla collettività. Proprio di tale facoltà di revoca dei «diritti di libertà» e di «esenzione» parlava Scheidemantel:

> «Ma poiché essi dipendono essenzialmente dal bene comune e dalle circostanze, è facile ritenere che la causa che li determina può anche eliminarli; e se la loro concessione compete allo Stato, la maestà è perciò autorizzata anche a revocarli in tutto o in parte»[63].

Christian Wolff aveva già legato le «grazie di libertà» alla perpetuazione del «pubblico benessere»: «Se dovessero dimostrasi dannose alla repubblica o a molti cittadini, il sovrano avrà facoltà di sopprimerle»[64]. Il potere di decisione si

buchs für die Preußischen Staaten, Dresden-Leipzig 1792, p. 168; e anche H. MOHNHAUPT, *Untersuchungen*, cit., p. 101.

[62] Cfr. Chr. F. OTTO, *Ueber Bücherprivilegien*, in *Leipziger Magazin für Rechtsgelehrte*, hrsg. von Chr. A. GÜNTHER-Chr. F. OTTO, I, Leipzig 1784, p. 408; e anche H. MOHNHAUPT, *Untersuchungen*, cit., p. 99.

[63] Cfr. H.G. SCHEIDEMANTEL, *Das Staatsrecht*, I, cit., pp. 235 s.

[64] Cfr. Chr. WOLFF, *Grundsätze*, cit., p. 758; Chr. D. ERHARD, *Versuch*

trovava così nelle sole mani del monarca, che stabiliva i fini, i mezzi e gli scopi per la realizzazione di quel «pubblico benessere», su cui convergevano i diritti individuali e gli obiettivi economici dello Stato. Tale potere monarchico di decisione poteva essere dissolto solo da un sistema di norme oggettive e generali, che mettesse il cittadino nella condizione di avanzare fondate pretese. Dal punto di vista politico, la Germania preottocentesca non offriva ancora al riguardo possibilità di sorta. Tuttavia, non si può ignorare che la prassi del privilegio, in alcune sue fattispecie – per esempio, i privilegi relativi alla stampa, all'editoria, agli autori, alle imprese, agli inventori e scopritori –, tramite una concessione quasi regolare di privilegi di tutela, appositamente richiesti, sembrava ormai avesse perso il carattere della grazia e della libera e soggettiva decisione a vantaggio della posizione giuridica del richiedente quasi omologabile a un diritto[65]. Nel caso dei privilegi inerenti gli autori, gli inventori e gli scopritori, lo scopo primario non pareva consistere solo nel perseguimento del bene pubblico, ma sempre più nella «libertà» personale di salvaguardare i propri diritti, che occorreva tutelare da eventuali danni[66]. Tale libertà, in assenza di una legge che l'a s s i c u r a s s e[67], poteva essere garantita giuridicamente solo dallo strumento giuridico del privile-

einer Critik, cit., pp. 195 ss. Sulle motivazioni e sul problema della revoca si vedano poi Chr. LINK, *Herrschaftsordnung*, cit., pp. 159 ss.; D. KLIPPEL, *Politische Freiheit*, cit., pp. 99 s.; D. WILLOWEIT, *Gewerbefreiheit*, cit., pp. 102-105.

[65] Cfr. H. POHLMANN, «*Reichskanzlei-Formularbuch*», cit., p. 136.

[66] Sull'evoluzione delle forme giuridiche di tutela, dal privilegio alla legislazione, si vedano soprattutto B. DÖLEMEYER-D. KLIPPEL, *Der Beitrag*, cit., pp. 135-237; M. VOGEL, *Grundzüge der Geschichte des Urheberrechts in Deutschland vom letzten Drittel des 18. Jahrhunderts bis zum preußischen Urheberrechtsgesetz vom 11. Juni 1837*, in R. DITTRICH (ed), *Woher kommt das Urheberrecht und wohin geht es? Wurzeln, geschichtlicher Ursprung...*, Wien 1988, pp. 117-134; D. KLIPPEL, *Die Idee*, cit., pp. 123 ss.

[67] Una legislazione siffatta, in luogo dei privilegi contro le ristampe, fu richiesta ad esempio da F.G.A. LOBETHAN, *Abhandlung über die Lehre von Privilegien überhaupt und Buchhändlerprivilegien insbesondere...*, Leipzig 1796, p. 66. Cfr. H. MOHNHAUPT, *Untersuchungen*, cit., p. 85.

gio[68], il quale, essendo conferito con tendenziale regolarità, assumeva e palesava una funzione analoga a quella della legge. Il richiedente poteva allora fruire di una posizione analoga a quella dell'avente diritto: e la sua libertà privilegiata d'azione non era più fatta dipendere dalla sola decisione del sovrano. Se poi a tutti i richiedenti era concesso un privilegio, questo, da eccezione, qual era stato in origine, si tramutava in regola, così ottemperando ad una pretesa di uguaglianza. In ciò si può ravvisare una tendenza generale degli ultimi anni del XVIII secolo. Essa però non contemplava ancora la possibilità di rivendicazione giudiziale della pretesa.

III.

Tipici di quest'evoluzione sono anche la nuova terminologia e la nuova concettuologia, che divennero correnti per designare la varietà delle specie di privilegi e dei conferimenti di singoli diritti di privilegio indicando una grande differenziazione degli scopi dei privilegi e della loro strumentalità. Nelle discussioni sull'*Allgemeines Landrecht* prussiano del 1794, i privilegi sono designati anche come libertà, esenzioni, ordinanze, concessioni, grazie, monopoli, leggi[69]. L'ultimo concetto si riferisce naturalmente solo alla legge singola (o *lex specialis*), dato che era comune a tutte le forme di privilegio il conferimento di un singolo diritto individualizzante mediante un singolo atto da raccordare alla legislazione. Non essendoci ancora una legislazione generale, il tradizionale sistema dei privilegi continuò ad essere indispensa-

[68] Ma neppure questa tutela poteva dirsi perfetta. Si veda la storia del processo ben ricostruita in E. WADLE, *Privilegienschutz gegen Nachdruck um 1800. Der Fall Artaria contra Götz*, in E. WADLE, *Historische Studien*, cit., pp. 33-55.

[69] Cfr. *Abhandlung über Privilegien aus der «Revisio Monitorum»*, probabilmente di Svarez (circa 1798), in A. SCHWENNICKE, *Die Entstehung*, cit., pp. 401-405.

bile fin dentro al secolo XIX[70], poiché poteva sostituirsi a quella e adempierne le funzioni in determinati settori. La «libertà naturale o civile» era e rimase perciò strettamente correlata al sistema dei privilegi, che, in accordo con la tradizione illuministica del diritto razionale, poteva avvalersi, come supporto teorico-artificiale, della libertà originaria nello *status naturalis*. È quanto risulta, benché con diversa accentuazione, dalla codificazione prussiana (*Allgemeines Landrecht* del 1794) e austriaca (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* del 1811), che mantennero fondamentalmente intatto il sistema di privilegi e ampliarono, inoltre, la discrepanza fra libertà privata e libertà politica[71]. La mancata penetrazione nell'*Allgemeines Landrecht* dell'idea dello Stato di diritto è documentabile anche a proposito di questa materia[72]. Esso infatti fece propria un'intera serie di norme, tipiche della dottrina dei privilegi, e perpetuò in tal modo una società fondata su privilegi, che era sempre più soggetta ad attacchi da parte di una società borghese animata da rivendicazioni di libertà e uguaglianza. Il riconoscimento dei diritti individuali costituì per gli uomini un campo d'azione soggetto a uguali diritti e obblighi, indipendentemente dal fatto che, a sostenerlo, fosse un diritto generale o uno personale. Tuttavia, questa visione si poneva, per forza di cose, in contrasto col tradizionale sistema dei privilegi, la cui legittimità era quantomeno messa in discussione. Proprio nel 1794, anno di entrata in vigore dell'*Allgemeines Landrecht*, Karl Heinrich Heydenreich aveva affermato al riguardo:

«Ogni uomo deve dunque trovarsi d'accordo col proprio simile nel riconoscimento reciproco di una ragione e di una libertà del volere

[70] Si veda al riguardo C.F. VON GERBER, *Ueber Privilegienhoheit und Dispensationsgewalt im modernen Staate* (1871), in C.F. VON GERBER, *Gesammelte juristische Abhandlungen*, Jena 1878², p. 480; e inoltre H. MOHNHAUPT, *Untersuchungen*, cit., p. 86.

[71] *Ibidem*, pp. 94 ss. Per la vicenda austriaca si veda D. GRIMM, *Das Verhältnis von politischer und privater Freiheit bei Zeiller*, in W. SELB-H. HOFMEISTER (edd), *Forschungsband Franz von Zeiller (1751-1828)*, Wien-Graz-Köln 1980, pp. 94-106.

[72] Cfr. A. SCHWENNICKE, *Die Entstehung*, cit., pp. 237-270 e 377 ss.

perfettamente uguali, come pure di un libero campo d'azione. Egli può insomma pretendere cose siffatte, solo se è disposto ad ammetterne di simili per tutti gli altri esseri umani»[73].

Il riconoscimento di un «uguale campo d'azione» per tutti gli uomini era incompatibile con la presenza di un altro campo d'azione, individuale e disuguale, costruito sul privilegio. Heydenreich formulava «tre diritti originari dell'umanità»:

«a. Il diritto dell'uomo a conservare la vita e il patrimonio nelle condizioni conformi a natura. b. Il diritto dell'uomo a perfezionare la propria natura. c. Il diritto dell'uomo alla libera espressione delle proprie energie, tanto spirituali, quanto corporali»[74].

Nuova e decisiva è poi la pretesa dell'uomo che Heydenreich ne fa discendere:

«Dalla condizione giuridica dell'uomo..., deriva la sua facoltà di esigere che nessuno dei suoi simili offenda il suo onore naturale o acquisito..., e di usare gli oggetti del mondo reale come mezzi per i propri fini. A tutti questi diritti è unita la facoltà di opporsi con la forza a chiunque minacci di violarli. Essi sono pertanto diritti obbligatori»[75].

Si trattava in realtà di un concetto di libertà scaturente dall'autonomia dell'uomo e dai suoi diritti originari[76]. Contrariamente al diritto di libertà mediato dal privilegio, questa libertà, come diritto umano, poteva e doveva garantire una capacità insopprimibile di conservazione, al di là di ogni intervento dello Stato[77]. Stephani, nel 1797, affermava: «Tutti i diritti personali sono inalienabili, poiché inseparabili dalla

[73] Cfr. K.H. HEYDENREICH, *Grundsätze I*, cit., p. 29.

[74] Cfr. K.H. HEYDENREICH, *System des Naturrechts nach kritischen Prinzipien*, 1. Theil, Leipzig 1794, p. 145. Si veda anche D. KLIPPEL, *Politische Freiheit*, cit., pp. 121 s.

[75] Cfr. K.H. HEYDENREICH, *System*, cit., pp. 145 s.

[76] Cfr. Chr. LINK, *Herrschaftsordnung*, cit., p. 152.

[77] Cfr. H. KRÜGER, *Allgemeine Staatslehre*, cit., p. 57.

persona stessa»[78]. Verso la fine del XVIII secolo nei territori tedeschi l'affermazione e giustificazione dei diritti individuali con pretesa di inviolabilità e inalienabilità, benché per lo più formulata come problema o programma filosofico, doveva porsi in stridente contrasto con la prassi statale. In effetti, già l'*Allgemeines Landrecht*, al § 83 dell'Introduzione, aveva accolto anche la «libertà naturale» nel suo sistema costitutivo:

«I diritti universali dell'uomo sono fondati sulla libertà naturale di poter ambire e perseguire il bene proprio, senza pregiudizio per i diritti altrui».

Tuttavia, questa «libertà» e il suo concetto rimanevano assai al di qua delle rivendicazioni e affermazioni della contemporanea dottrina del diritto naturale. La struttura sociale, articolata per ceti e fondata sul privilegio, era comunque mantenuta a scapito del principio di uguaglianza[79]. La libertà d'azione personale non era universalmente garantita, ma continuava a dipendere da una singola facoltà concessa per privilegio e conferita da un'autorità statale senza controlli e giuridicamente senza limiti. Il diritto individuale del suddito privilegiato aveva ancora a fondamento il *bonum commune*, come principio dell'azione statale. Dunque, l'*Allgemeines Landrecht* non portò a compimento il passaggio dall'associazione di sudditi per concessione statale alla società borghese libera ed egalitaria, anche se nella letteratura di primo Ottocento tale trasformazione si annuncia come già in atto. Nel 1809, nei suoi *Grundsätze der Policeygesetzgebung*, Jakob afferma:

«... non c'è alcun motivo razionale di credere che in una società civile si debbano concedere privilegi o diritti a qualcuno, eccezion

[78] Cfr. H. STEPHANI, *Grundlinien der Rechtswissenschaft oder des sogenannten Naturrechts*, Teil 1, Erlangen 1797, p. 74. Pure fondamentali a questo riguardo sono D. KLIPPEL, *Politische Freiheit*, cit., p. 127 e, dello stesso, *Die Theorie der Freiheitsrechte*, cit., pp. 366 ss.; cfr. anche J.A. SCHLETTWEIN, *Die Rechte der Menschheit*, cit., pp. 343 s.

[79] Cfr. H. MOHNHAUPT, *Untersuchungen*, cit., pp. 103 s.

fatta per colui che, per loro tramite, procuri un utile alla società nel suo complesso»[80].

L'auspicio di Jakob è dunque il seguente:

«La libertà personale deve diventare a poco a poco generale e ogni suddito deve poterla attingere in base ai principi del diritto»[81].

Più tardi, nel 1827, Rudhart definì espressamente il «sistema delle concessioni» come «un privilegio». E ne dedusse «che tale sistema non è figlio della libertà, ma del principio monarchico..., il quale si riserva di decidere al riguardo...»[82]. Neppure l'*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* austriaco aveva rinunciato al sistema dei privilegi: si era solo limitato ad escluderlo dal testo di legge fino al § 13. In Francia, invece, con la decisione dell'Assemblea Nazionale del 4-11 agosto 1789, tutti i privilegi erano stati radicalmente aboliti: «Les privilèges pécuniaires personnels ou réels en matière de subsides sont abolis à jamais...» (art. 9)[83]. Alla costituzione venne assegnata una funzione determinante per tutti i diritti politici e privati: «La constitution a fixé les droits politiques des Français. C'est à la législation qu'il appartient de régler leurs droits civils»[84]. Il *Code civil* del 1804 eliminò, di conseguenza, tutti i privilegi e pose le fondamenta della società borghese, egalitaria e pluralistica. L'abolizione dei

[80] Cfr. L.H. JAKOB, *Grundsätze der Policeygesetzgebung und der Policeyanstalten*, I, Halle-Leipzig 1809, p. 176. Si veda inoltre H. MOHNHAPUT, *Vom Privileg zum Verwaltungsakt. Beobachtungen zur dogmengeschichtlichen Entwicklung in Deutschland seit der Mitte des 18. Jahrhunderts*, in E.V. HEYEN (ed), *Wissenschaft und Recht der Verwaltung seit dem Ancien Régime. Europäische Ansichten* (Ius commune, Sonderheft 21), Frankfurt am Main 1984, pp. 41-58 (in part. pp. 48 s.)

[81] Cfr. L.H. JAKOB, *Grundsätze*, cit., p. 178.

[82] Cfr. J. RUDHART, *Ueber die Gewerbe, den Handel und die Staatsverfassung des Königreichs Bayern*, Erlangen 1827, pp. 1-5, citato da W. STEITZ, *Quellen zur deutschen Wirtschafts- und Sozialgeschichte im 19. Jahrhundert bis zur Reichsgründung*, Darmstadt 1980, pp. 100 e 102.

[83] Si veda in *Lois et actes du gouvernement*, I, Paris 1834, p. 3.

[84] Cfr. *Constitution Française... du 3 septembre 1791*, *ibidem*, IV, 1834, p. 187.

privilegi, contrari al principio di uguaglianza, si registrò poi anche negli Stati tedeschi soggetti al dominio di Napoleone e quindi al *Code civil.* Nel granducato di Berg, ad esempio, durante il 1809 la tradizionale tutela mediante privilegio della «proprietà delle scoperte» venne abrogata e sostituita da una legge, che assicurava a ogni cittadino la tutela delle proprie invenzioni, in base a principi generali ed uguali[85]. Con ciò, per la prima volta, venne introdotta in Germania una garanzia giuridica, fondata su una legge generale all'interno di un sistema normativo e non su un particolare privilegio, mentre quest'ultimo, non essendo più compatibile con la libertà universale di natura, non poté più concorrere a determinare la sfera di libertà del cittadino.

D'altronde, per la Germania, l'estensione del *Code civil* agli Stati della Confederazione Renana rappresentò solo un breve intervallo, entro il quale il tradizionale sistema dei privilegi non poté essere abolito definitivamente. Il XIX secolo documenta l'affermarsi della libertà come valore fondamentale delle costituzioni statali, che resero superflue le «libertà» concesse dal principe o dallo Stato. Si trattò di uno sviluppo laborioso e difficile. Verso il 1830, Ludwig Börne si espresse contro i diritti singoli di libertà, conferiti dal monarca e privi di un fondamento costituzionale originario: «Se è dato scegliere, meglio la libertà senza le libertà che il contrario»[86]. Nel 1842, Karl Marx affermò perentoriamente: «Il cittadino vuole che il diritto non venga inteso come privilegio»[87]. Al contrario, nel *Manifesto del partito comunista* del 1848, Marx obiettò alla borghesia di aver «messo, al posto delle numerose libertà, attestate e acquisite a buon diritto, *una* libertà di commercio irresponsabile»[88]. Que-

[85] Cfr. *Decret über die Erfindungspatente vom 3.11.1809*, in *Gesetz-Bulletin des Großherzogthums Berg*, II, 1810, n. 6, pp. 126-151.

[86] Citato da Chr. DIPPER, *Freiheit*, in *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, hrsg. von O. BRUNNER et al., II, Stuttgart 1975, p. 492.

[87] Si veda l'articolo di Marx sulla «Rheinische Zeitung» del 10 maggio 1842, riprodotto in K. MARX-F. ENGELS, *Werke*, I, Berlin 1964, p. 41.

[88] *Ibidem*, IV, p. 465.

st'«unica libertà» era per lui questione di potere economico e da ciò egli ne ricavava un giudizio di condanna. Peraltro, l'equiparazione di libertà (al singolare) e libertà (al plurale) non figurava ancora nei testi costituzionali tedeschi del XIX secolo. L'«uguaglianza delle leggi e di fronte alla legge» era invero proclamata – ad esempio, nel preambolo al documento costituzionale bavarese del 1818[89] –, ma senza un'esplicita abolizione dei privilegi. Alla nobiltà di Baviera erano espressamente «assicurati» i suoi «diritti» e «vantaggi» (tit. V, §§ 2, 4 e 5), senza usare il termine «privilegio»[90]. In generale, libertà e proprietà vennero poste sotto la tutela della legge, potendo così essere «limitate» solo dalla medesima, come è stabilito ad esempio nella costituzione del regno di Hannover del 1840 (§ 28)[91]. Ma nelle singole costituzioni la conseguenza di un simile atteggiamento nei confronti del sistema dei privilegi non venne tratta univocamente. Con l'affermazione del primato della legge anche i privilegi dovettero esserle subordinati e la loro concessione aver luogo solo sulla base di un mandato legale. Questa implicazione è già chiaramente contenuta nel documento costituzionale del Württemberg del 1819 (§ 31), ove si legge:

«Privilegi esclusivi nel campo del commercio e dell'industria possono essere conferiti solo a seguito di una legge o, nel caso singolo, con una specifica approvazione dei ceti»[92].

Tuttavia, i privilegi d'invenzione sono espressamente «demandati... alla discrezionalità del governo», senza alcun vincolo esplicito di legge (§ 31, comma 2)[93]. Il documento costituzionale dell'Assia, datato 1820, riproduce questa disposizione pressoché alla lettera:

[89] Si veda in E.R. HUBER (ed), *Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte*, I, Stuttgart 1978^3, p. 156.

[90] *Ibidem*, p. 163.

[91] *Ibidem*, p. 307.

[92] *Ibidem*, p. 191.

[93] *Ibidem*, p. 156.

«Privilegi esclusivi nel campo del commercio e dell'industria non possono darsi se non a seguito di una legge speciale. Le patenti d'invenzione, viceversa, possono essere conferite dal governo per un tempo determinato» (art. 104)[94].

Nel documento costituzionale dell'elettorato dell'Assia, del 1831, la concessione di «privilegi esclusivi per il commercio e l'industria» è subordinata all'approvazione dei ceti territoriali e dunque consentita in base a una procedura conforme alla legislazione (§ 36)[95]. Si stabilisce inoltre che le concessioni per l'esercizio di singole professioni – concessioni equiparabili a privilegi – «devono essere disposte dalla legge» (§ 36, comma 2)[96]. La costituzione approvata dalla Paulskirche nel 1849 va assai più lontano quanto alla garanzia dell'uguaglianza. Essa abolisce infatti «lo stato giudiziale privilegiato di persone o beni» quale norma prescrittiva (§ 176) e dichiara inoltre soppressi «tutti i privilegi di ceto e la nobiltà come ceto» (§ 137)[97]. Si sa come questa costituzione sia rimasta inapplicata, ma è pur vero che ha costituito per le future costituzioni tedesche e per i relativi dibattiti un importante parametro di confronto. La costituzione prussiana del 31 gennaio 1850 proclamò infatti l'uguaglianza di fronte alla legge (art. 4), senza però contemplare la libertà mediante la legge[98]. I «diritti pubblici speciali» vennero aboliti (art. 4), ma di quelli privati non si parlò affatto. La discrepanza, tipicamente tedesca, fra Stato di diritto formale e materiale è in questo caso particolarmente evidente. I precetti costituzionali d'uguaglianza valsero comunque a limitare la vecchia prassi dei privilegi, soprattutto negli ambiti del diritto tributario e della giurisdizione. Per la concessione di privilegi furono richiesti fondamenti legali, che corrispondessero a precisi vantaggi costituzionali. La scienza giuridica, poi, an-

[94] *Ibidem*, p. 235.

[95] *Ibidem*, p. 243.

[96] *Ibidem*.

[97] *Ibidem*, pp. 390 e 394.

[98] *Ibidem*, p. 501.

che sulla base della pandettistica, affermò il primato delle leggi e del diritto comune sulle possibili eccezioni in forma di privilegio[99]. Il campo di regolamentazione del privilegio venne così via via determinato e prescritto dalla legge. Il privilegio acquisì il carattere di un atto amministrativo attuativo della legge medesima[100]. La società borghese e acquisitiva del XIX secolo possiede dunque la propria «libertà» nell'uniforme garanzia delle prescrizioni di legge e dei diritti da questa assicurati. Il settore più importante in questo ambito è il diritto d'impresa, ad esempio l'ordinamento industriale nord-tedesco del 1869. Gerber sostiene, al riguardo, che le leggi traspongono il diritto d'impresa «dalla sfera del potere statale di privilegio all'attività dei titolari regolata dalla legge»[101]. E aggiunge poi:

> «Quanto più lo Stato si caratterizza come autentico Stato di diritto, tanto più le norme di legge, che regolano i rapporti economici, subentrano all'incontrollato arbitrio dei privilegi»[102].

Nel 1871 ciò valeva ancora come programma e come speranza. La vecchia sovranità di privilegio del legislatore statale non era più al di fuori della legge, ma «soggetta ad essa...»[103]. Il mutamento radicale nella situazione costituzionale era perfettamente visibile agli occhi di Gerber: «Questo rovesciamento di posizione del diritto di privilegio è la graduale conseguenza di un mutato sistema politico»[104]. A ragione, in questa situazione politica e costituzionale così diversa si è vista la «conseguenza economico-costituzionale» di una «disgiunzione di economia e politica» indotta dalla libertà d'im-

[99] Cfr. G. HUFELAND, *Ueber den eigenthümlichen Geist des Römischen Rechts im Allgemeinen und im Einzelnen mit Vergleichungen neuer Gesetzgebungen. Eine Reihe von Abhandlungen...*, 1. Theil, Giesen 1815, p. 233 («Una diversa considerazione generale della dottrina dei privilegi»).

[100] Cfr. H. MOHNHAUPT, *Vom Privileg*, cit., pp. 47 ss.

[101] Cfr. C.F. VON GERBER, *Ueber Privilegienhoheit*, cit., p. 479.

[102] *Ibidem*, p. 483.

[103] *Ibidem*.

[104] *Ibidem*.

presa[105]. I mutamenti erano nella direzione di un libero agire economico, fondato su una legislazione generale e con certezza calcolabile, quale il vecchio sistema dei privilegi, con le sue decisioni «soggettive»[106], non avrebbe più potuto permettere se non in minima misura. Ma, come dimostrano gli esempi fin qui addotti[107], il diritto costituzionale vigente negli Stati tedeschi faticava a tener dietro a una simile evoluzione. Gerber lamentava espressamente che solo di rado ci si fosse decisi a tener conto di questa trasformazione del sistema dei privilegi «nei nostri documenti costituzionali mediante una definizione giuridica». Ancora nel 1871, egli parlava della «posizione futura del privilegio nel moderno Stato costituzionale», proponendo, come indicazione programmatica, che privilegio «significhi una fondazione di diritti regolata dalla legge tramite diretto conferimento da parte dello Stato...»[108]. In tal senso, i privilegi andavano assimilati «alla classe generale degli atti amministrativi»[109]. Un'occhiata sommaria alle opere di giuspubblicisti come Klüber, Weiss, Zachariä, Zöpfl e von Rönne, basterebbe inoltre a mostrare la frequenza di affermazioni circa l'influsso del diritto costituzionale sul potere di privilegio[110] e a evidenziare quanto il diritto costituzionale abbia trasformato anche il diritto di privilegio.

Dove però la legislazione palesava ancora qualche carenza, fu la scienza giuridica a elaborare nuovi concetti, coi quali fondare i diritti originari dell'individuo creatore. È il caso,

[105] Si veda al riguardo G. ROELLECKE, *Vom Privileg zum Eigentum. Zur Entwicklung der Wirtschaftsverfassung*, in «Der Staat», XXX, 1991, p. 389, ove però si sopravvaluta (p. 388) il carattere di «grazia» dei privilegi nell'età più tarda.

[106] Cfr. SCHLAYER, *Darstellung der Lehre von den Privilegien nach den Quellen des gemeinen Rechts. Ein civilistischer Versuch*, in «Zeitschrift für Civilrecht und Prozess», NF, XII, 1855, p. 59.

[107] Vedi sopra, pp. 45-46.

[108] Cfr. C.F. VON GERBER, *Ueber Privilegienhoheit*, cit., p. 483.

[109] *Ibidem*, p. 484. Cfr. H. MOHNHAUPT, *Vom Privileg*, cit., pp. 49-58.

[110] Su ciò richiama l'attenzione espressamente C.F. VON GERBER, *Ueber Privilegienhoheit*, cit., p. 474.

ad esempio, della teoria della proprietà intellettuale nel campo della tutela dei diritti d'impresa e d'autore[111], ideata apposta per sopperire alla perdita di forza legittimatrice del privilegio. Ciò fece sì che anche la dottrina dei privilegi, fondata sul diritto comune, perdesse via via di significato. Il pandettista Bekker nel 1886, dopo che le leggi imperiali avevano sancito come diritti della persona la tutela dell'autore e quella dell'inventore, dichiarò che, pertanto, «l'intera dottrina relativa a questi privilegi non ha conosciuto, in epoca recente, alcun sostanziale incremento»[112]. Tale dottrina, infatti, non era più dottrina e prassi delle libertà e delle esenzioni, ma un tema riferito alla dottrina delle fonti, alle modalità di formazione del diritto e degli strumenti ordinativi del diritto amministrativo[113]. Svariando nell'intero campo del diritto pubblico[114], essa vi sviluppò anche la sua azione giuridico-politica e giuridico-sociologica, discussa inizialmente, nonché la relativa problematica. Dalla metà del XIX secolo, il concetto di privilegio andò incontro anche a un livellamento giuridico, con la conseguente espulsione dal concetto di privilegio di termini quali «concessione», «grazia» e «dispensa», mentre al privilegio venne riconosciuta come forza di legittimazione soltanto la legge[115]. La giurisdizione, a sua volta, si mosse lungo questa stessa linea. Il tribunale imperiale considerò privilegio solo il diritto che «è immediatamente accordato da una norma»[116]. Nel 1887, esso tramutò

[111] Cfr. B. DÖLEMEYER-D. KLIPPEL, *Der Beitrag*, cit., p. 200 (con abbondante bibliografia), e anche E. WADLE (ed), *Historische Studien*, cit., p. 237 (con indicazioni sulla bibliografia più pertinente al tema).

[112] Cfr. E.J. BEKKER, *System des heutigen Pandektenrechts*, I, Weimar 1886, p. 88.

[113] Si vedano le indicazioni contenute in H. MOHNHAUPT, *Vom Privileg*, cit., pp. 49 ss.

[114] Cfr. D. HEIMBACH, *Privilegium*, in J. WEISKE, *Rechtslexikon*, VIII, Leipzig 1854, p. 494 («La dottrina dei privilegi nell'odierno significato è estranea all'ambito specifico del diritto civile...; appartiene, piuttosto, a quello del diritto pubblico...»).

[115] Cfr. J. PÖZL, *Privilegium*, cit., pp. 372 s.

[116] Si veda la sentenza dell'11 dicembre 1891, in A. BOLZE, *Die Praxis des Reichsgerichts in Civilisachen*, XIII, Leipzig 1892, p. 5, n. 10.

in diritto d'autore un privilegio di stampa risalente al XVIII secolo, così trasformando una «libertà» originariamente concessa in un diritto originario della persona[117].

Come diritto soggettivo e diritto speciale oggettivo, come atto singolo e surrogato della legislazione fra libertà (al singolare) e libertà (al plurale), nonché fra uguaglianza e ineguaglianza, il privilegio solleva infine il problema delle possibilità di formazione del diritto, per tramite suo o della legge, allo scopo di costruire ordinamenti giuridici e sociali. A ciò è legata anche la questione strutturale sulla possibilità di raggiungere l'uguaglianza mediante la legislazione, nonché sul problema di quali e quante eccezioni siano necessarie, onde realizzare coi «privilegi» un più alto grado di giustizia e libertà individuali[118]. La pandettistica si è spesso interrogata al riguardo. Nel 1896, Dernburg – similmente a Regelsberger[119] – affermava: «La norma di legge ha il vantaggio dell'uniformità; il privilegio, invece, può tener conto della specificità del caso particolare»[120]. Montesquieu, già nel XVIII secolo, aveva auspicato una legislazione capace di avere considerazione per le peculiarità dei casi singoli. La tensione fra generalizzazione e individualizzazione dell'ordinamento giuridico è stata anche interpretata come contrasto fra «interesse generale e individuale», il cui appianamento può essere cercato e ottenuto mediante

«il riconoscimento di *jura singularia* e *privilegia* accanto alla nuova legge generale, in forma di *vacatio legis* o di altre disposizioni transitorie»[121].

In tal modo, anche nel corso del XIX secolo, il privilegio

[117] Si veda la sentenza dell'8 marzo-1 aprile 1887, *ibidem*, IV, 1887, p. 58, n. 192.

[118] Cfr. G. HANEY, *Vom Privilegium zum Recht*, in «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», 1990, pp. 285-295 (in part. pp. 293-295).

[119] Si veda, al riguardo, H. MOHNHAUPT, *Privatrecht und Privilegien*, cit., p. 75.

[120] Cfr. H. DERNBURG, *Pandekten*, I, Berlin 1896⁵, p. 197.

[121] Cfr. C. CHRISTIANSEN, *Ueber erworbene Rechte*, Kiel 1856, p. 76.

ebbe assegnato un compito strumentale per la giusta regolamentazione del caso singolo.

Norme giuridiche individuali e diritti soggettivi individuali si incontrano di frequente anche negli odierni ordinamenti egalitari della socità, fungendovi spesso da irrinunciabile strumento di giustizia individuale contrattata[122]. Tuttavia, nella moderna società borghese democratica, retta dal moderno Stato sociale e di diritto, ciò può essere ammesso solo nel caso in cui lo scostamento (per privilegio) dalla norma generalizzante sia fondato su concetti giuridici concreti e concretizzabili, mediante legge o in sede di giurisdizione. Inoltre, occorre che il «privilegio», così fondato, sia verificabile dinanzi a un tribunale. Il bene pubblico, di solito, vale anche qui come criterio di legittimazione. Ma occorre dire che questo criterio non sembra granché diverso da quello che legittimava il *bonum publicum* dell'*ancien régime*, cui allora spesso si ricorreva per giustificare le libertà concesse in forma di privilegio.

[122] La loro contrapposizione al principio d'uguaglianza si vorrebbe neutralizzare mediante il concetto di «uguaglianza complessa». Si veda in merito M. WALZER, *Sphären der Gerechtigkeit. Ein Plädoyer für Pluralität und Gleichheit*, Frankfurt am Main 1992, pp. 156 ss.

Coercizione e potere: storia, diritti pubblici soggettivi e poteri dello Stato nel pensiero di Georg Jellinek

di *Gabriella Valera*

1. *Premessa*

Se il risultato di una ricerca è costituito dalle conclusioni logiche dell'analisi di un certo numero di dati o di documenti (qualunque sia il carattere di questi, e indipendentemente, quindi, dalle procedure che devono essere utilizzate per analizzarli), allora occorre avere chiare le ragioni della scelta operata sui dati da esaminare e relativamente a questa impegnarsi nella propria giustificazione metodologica.

Il significato storico di una dottrina deve essere misurato da due punti di vista: per la capacità che essa ha di confrontarsi con la realtà effettuale che descrive e ordina e per il posto che occupa nella storia dei linguaggi a cui fa riferimento. Soprattutto dal secondo punto di vista[1] verrà esaminata nel-

[1] Questa riflessione metodologica deriva dalle critiche e perplessità mosse da amici e colleghi rispetto al mio modo di impostare il lavoro. In particolare sono stata richiamata a rispettare il valore tecnico e la concreta collocazione storico istituzionale della dottrina dei diritti pubblici soggettivi che verrebbe altrimenti caricata di significati filosofico-dottrinali eccessivi e non corrispondenti alla concreta funzione che essa ebbe. Questo lavoro, che era stato impostato come ricerca sul problema della «divisione dei poteri» nel pensiero tedesco dell'Ottocento e aveva dato per accertata l'implicazione filosofico-dottrinale dei diritti pubblici soggettivi, si è così trasformato in una lettura sempre più ravvicinata, per quanto ancora molto parziale, dell'opera di Jellinek, per saggiare fino a che punto la mia iniziale interpretazione potesse reggere alle critiche. La lettura che se ne è data è estremamente analitica e tenta anzitutto di riconoscere il significato di tutte le sfumature terminologiche e concettuali presenti nei testi jellinekiani i quali sono anche per questo difficili e liquidabili talora come contraddittori, mentre rivelano, proprio nelle aporie, uno sforzo che rifugge dalla pura «normalizzazione» del contenuto positivo attraverso la dottrina.

le pagine che seguono la dottrina dei «diritti pubblici soggettivi» di G. Jellinek. Di qui la scelta di analizzare il *Sistema* di Jellinek anche alla luce degli sviluppi concettuali della produzione dell'autore e della formazione scientifica in cui si inseriscono.

Una monografia soddisfacente sul pensiero di Jellinek dovrebbe tenere conto dell'apparato enorme di note che testimonia dei suoi rapporti con il dibattito scientifico e giuridico del tempo; sarebbe allora possibile giudicare meglio sia i livelli di mediazione fra quel dibattito e le contingenze storico-politiche, sia la funzione specifica della dottrina dei diritti pubblici soggettivi all'interno della storia del diritto pubblico. Essa fa riferimento da un lato al linguaggio tecnico della pubblicistica, in parte mutuato dalla civilistica e diventato terminologia giuridica tout-court; dall'altro alla realtà nuova della giustizia amministrativa[2].

Ma ci si può domandare se tale tecnicità la destini a diventa-

[2] La bibliografia relativa alle moltissime importanti tematiche toccate da Jellinek è sterminata, come d'altra parte un lavoro ulteriore di ricostruzione sistematica potrebbe essere fatto, oltre che sulle fonti citate esplcitamente, anche sulle tradizioni a cui egli fa riferimento, per individuare meglio il suo approccio e le selezioni operate. Le citazioni, anche quando mi sarebbero state ampiamente disponibili, avrebbero richiesto ampio spazio e discussione. Così, dato il carattere estremamente analitico della ricerca, mi limiterò a citare pochissimi lavori che hanno stimolato la mia riflessione e la bibliografia recente specifica su Jellinek. Questa è, invece, scarsissima. Si tratta in pratica degli articoli di M. LA TORRE, *Jellinek e il sistema dei dirtti pubblici soggettivi: il paradosso dei diritti di libertà*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», XII, 1982; G. GOZZI, *Les limites du pouvoir en Allemagne au dix-neuvième siècle: l'Etat de droit et les droits publics subjectifs*, in «Scienza & Politica. Per una storia delle dottrine», 10, 1994 p. 77-94, della dissertazione di H.-P. ALBERT, *Der Staat als handelndes Subjekt*, Diss. Heidelberg, 1988, nonché dei libri di Fioravanti (M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, Torino 1991 e M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano 1979) e Stolleis (M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Zweiter Band: *1800-1914*, München 1992), che, per quanto non dedicati a Jellinek, per la loro ampiezza e complessità di approccio debbono essere costantemente tenuti presenti. Il libro di Stolleis peraltro domina bibliografia e fonti. Buona bibliografia anche in ALBERT.

re parte di una storia 'speciale', una *tunnel history*, come si può dire con riferimento alla metodologia proposta da J. Pocock, di una *Dogmengeschichte*, come forse si può più tradizionalmente dire; o se le categorie della formazione scientifica a cui appartiene, insieme con altre discipline del mondo storico-morale, siano invece disposte secondo un ordine che non deriva immediatamente ed esclusivamente da quella razionalità tecnica[3]. Nello sviluppo del pensiero di Jellinek essa è collocata nell'ambito di una più generale riflessione, che, partendo dalla definizione del *Significato etico-sociale di diritto, torto e punizione* (1878) si conclude con l'*Allgemeine Staatslehre* (1900). L'autore fa riferimento nell'arco della sua riflessione ai termini chiave non solo del linguaggio giuridico ma anche politico – coercizione, forza, dominio, potere – e delle scienze storico-morali nonché del dibattito epistemologico. Il metodo giuridico, che costruisce i concetti del diritto, ed in particolare il concetto di soggettività giuridica pubblica, per ridurre in un tutto senza contraddizioni un insieme determinato di real-

[3] L'avvicinamento del metodo della *tunnel history* alla *Dogmengeschichte* è certamente azzardato. Non è presente nell'attuale dibattito sulla storiografia dei linguaggi innescato da J. Pocock e Q. Skinner. Questo si riferisce peraltro essenzialmente alla storia del pensiero politico e se ne deve riconoscere l'ulteriore sviluppo con riferimento al concetto di 'discorso'. Cfr. M.L. PESANTE, *La cosa assente. Una metodologia per la storia del discorso politico*, in «Annali della fondazione Luigi Einaudi», XXVI, 1992, pp. 119-180; G. VALERA, *Le ragioni della storia. Ermeneutica, 'Linguistic Turn' e storiografia nella reazione italiana a Metahistory di Hyden White*, in «Storia della Storiografia», 25, 1994, pp. 121-152 e della stessa, *«History and Theory»: un grande problema negli sviluppi di una rivista*, in N. RECUPERO-G. TODESCHINI (edd), *Introduzione all'uso delle riviste storiche* (Quaderni del Dipartimento di Storia. Università di Trieste 1), Trieste 1994, pp. 189-210. Qui si vuole sottolineare la tendenza a costruire una storia tutta interna ad una certa tradizione specializzata. La nozione di 'formazione scientifica', di cui faccio uso (cfr. anche G. VALERA, *Storia delle scienze e analisi delle società. Qualche considerazione di metodo*, in «Scienza & Politica. Per una storia delle dottrine», 1, 1989, pp. 7-27) vuole sottolineare soprattutto l'esigenza di mantener vivo il senso della complessità pur di fronte alla specializzazione, senza di che non è sempre agevole comprendere lo spessore dottrinale dei concetti utilizzati.

tà[4], si converte, così, in una epistemologia che ri-costruisce, si potrebbe dire nella forma di un «tipo ideale logico»[5], il mondo storico-morale: fra la formazione scientifica in cui Jellinek vede inserito il sistema del diritto pubblico e le categorie elaborate dal metodo giuridico vi è un rapporto di reciproca implicazione che, se non ci sbagliamo, ha a che fare con la storia stessa dell'idea di p u b b l i c i t à, tendente sempre più a sintetizzare linguaggio propriamente

[4] Sulla costruzione dei concetti in funzione della pensabilità degli istituti G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte* (1892), Tübingen 1905 (trad it. *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, Milano 1912). Dalla seconda edizione tedesca del 1905 verranno tratte tutte le citazioni del *System*. Si deve segnalare che l'edizione italiana del 1912, che pure abbiamo tenuto presente, non è attendibile e contiene errori rilevanti (alcuni esempi: non si fa differenza fra singolo e individuo che pure corrispondono a termini tedeschi e indicano concetti diversi; non si distingue fra *gemein* e *allgemein*, tradotti indifferentemente con generale; i termini *Staatsgewalt* e *Monarch* vengono tradotti talora col termine *sovrano*). È evidente che non si tratta di semplici sviste ma di un livello interpretativo che condiziona la traduzione. Questa andrebbe letta pertanto come parte della recezione di Jellinek in Italia. Sul rapporto fra metodo giuridico e positivismo giuridico cfr. M. FIORAVANTI, *Giuristi*, cit., pp. 348 ss.; G. GOZZI, art. cit.; M. STOLLEIS, *Geschichte*, cit., lo descrive come passaggio dal positivismo della scienza giuridica al positivismo della legge, distinzione fondamentale per comprendere la distanza fra i temi della scuola storica e i temi del postivismo giuridico, altrimenti incomprensibile sulla base di asserzioni, da leggersi pure in autori dell'importanza di Böckenförde, del tipo: «La concezione storica del diritto della scuola storica... ha avuto come risultato un modo non storico di pensare il diritto. Essa non poteva opporre alcun argine alla giurisprudenza dei concetti astratta e formale di Gerber, Ihering e Laband; piuttosto ne preparò la strada». L'affermazione è citata e condivisa da H.-P. ALBERT, *Der Staat*, cit., p. 26, il quale peraltro ritiene, correttamente, che Jellinek non debba essere considerato strettamente nell'ambito del positivismo giuridico, sottolinea la differenza fra Jellinek da un lato e Gerber e Laband dall'altro lato e sostiene inoltre la funzionalità del positivismo giuridico non solo al conservatorismo statalista e monarchico ma anche agli interessi della borghesia liberale. Anche Stolleis nota che il territorio della dottrina del diritto pubblico dell'epoca post-costituzionale non è un «deserto positivistico» (*Geschichte*, cit., p. 350).

[5] Il 'metodo giuridico' implica a mio avviso un particolare approccio anche alla storia. Cfr. G. VALERA, Introduzione a Th. MOMMSEN, *I diritti fondamentali del popolo tedesco. Commento alla costituzione del 1848*, Bologna 1994, pp. XCVII ss. Sulla utilizzazione dei tipi in Jellinek, *infra* n. 104.

pubblicistico (giuridico) e dottrina (politica) della *Oeffentlichkeit*, pensata nella sua rilevanza storica e come categoria storiografica.

Jellinek sostiene che ogni dottrina è formulazione di un certo contenuto, isolato secondo la prospettiva scientifica scelta, cioè secondo la forma data ad esso in virtù di una relazione a uno scopo o a un valore. Esaminando la dottrina da lui elaborata in questa prospettiva possiamo allora ricercare che «qualità» acquisisca il concetto di «pubblico» attraverso la funzione assegnata dall'autore al Soggetto dei diritti pubblici nel sistema delle tensioni che descrive nello stesso tempo la realtà delle forze agenti e lo sviluppo delle *Sozialwissenschaften* nella loro accezione più vasta.

Le pagine che seguono vogliono essere un contributo ad una rilettura dell'opera di Jellinek; esse tendono soprattutto a problematizzare, nella prospettiva complessa che si è detto, l'interpretazione del rapporto fra diritti pubblici soggettivi e potere dello Stato come parte di una più articolata – non priva di aporie ma perciò stesso particolarmente significativa – concezione della storia politica moderna come storia dei rapporti interni alla «sfera pubblica».

2. *La costruzione del soggetto*

Nella sua più immediata e semplificata utilizzazione la dottrina dei diritti pubblici soggettivi può essere considerata anzitutto come lo strumento utilizzato per costruire lo Stato in quanto realtà giuridica, salvaguardandone sia il carattere «corporativo» che la superiorità dal punto di vista delle competenze[6]. Questo scopo è realizzato mediante l'utilizza-

[6] In questo senso FIORAVANTI, *Giuristi*, cit., p. 408, vede in Jellinek un vero e proprio recupero della dottrina organicistica. Nell'ambito di una generale tendenza al raffreddamento ed alla formalizzazione dei rapporti nella seconda metà del secolo, Jellinek è visto da M. STOLLEIS, *Geschichte*, cit., pp. 370 ss. con riferimento alla fusione fra concetto di sovranità dello Stato (su cui vedi *infra*, nel testo) e persona giuridica. G. GOZZI, *Les limites*, cit., pp. 86, 90-91, caratterizza il trend giuridico scientifico

zione in sede pubblicistica delle nozioni di «personalità» e di «soggettività» giuridica.

In *Gesetz und Verordnung* leggiamo che lo Stato è «l'organizzazione dominante di un popolo sedentario sostenuta da una volontà che ha pieni poteri» («die von einem machtvollen Willen getragene herrschende Organisation einer sesshaften Volkes»)[7]. Il diritto pubblico soggettivo è «la base del carattere corporativo dello Stato [die Grundlage des korporativen Charakters des Staates]» e i membri dello Stato, «popolo nella sua qualità soggettiva [Volk in seiner subjektiven Qualitaet]», sono «la totalità di coloro che costituiscono la comunità dello Stato [Gesamtheit der Staatsgenossen]» cioè di coloro che hanno «pretese giuridiche nei confronti del potere statale [rechtlichen Ansprüche an die Staatsgewalt]»[8]. Tutto ciò si confronta con la base tradizionalmente forte del diritto pubblico come diritto oggettivo. Infatti viene riconosciuto e ribadito che «jede von ihm innerhalb der selbstgesetzten Schranken vorgenommene That ist rechtskräftig» e che mentre i diritti e i doveri dei singoli ricevono la loro forza ed obbligatorietà dai fondamenti fissati dal diritto oggettivo «lo Stato trova il fondamento dei suoi doveri e dei suoi diritti in se stesso»[9]. Nello stesso tempo, però, viene affermato il principio che «ogni diritto può essere riconosciuto come tale soltanto in virtù del fatto che esso vincola non solo i sudditi ma anche il potere dello stato»: «Recht in diesem vollen Sinne des Wortes ist also zweiseitig verbindende Kraft des Gesetzes, die eigene Unterordnung der Staatsgewalt unter die von ihr selber erlassenen Gesetze». Quando lo Stato emana una legge obbliga

dell'epoca come «formalismo» e ritiene che la dottrina dei diritti pubblici soggettivi, generalmente ricollegata alla concezione dello Stato di diritto (M. FIORAVANTI, *Appunti*, cit., p. 121; sullo Stato di diritto cfr. *infra* n. 87), rientri in questo trend.

[7] G. JELLINEK, *Gesetz und Verordnung. Staatsrechtliche Untersuchungen auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage*, Freiburg i.B. 1887, p. 190.

[8] G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre (1900)*, Berlin 1905, p. 396.

[9] G. JELLINEK, *Gesetz*, cit., p. 196.

dunque non solo i sudditi ma anche se stesso e i suoi organi; questo vincolo formale è imposto all'attività stessa di produzione del diritto[10].

Il tentativo di tenere insieme ordine «soggettivo» e diritto oggettivo rivela che l'opposizione fra autorità e libertà costituisce un problema centrale in Jellinek.

Non sarà possibile nell'ambito di questo saggio sviluppare una analisi puntuale delle variazioni che lo stesso tema subisce nel corso degli anni e in virtù degli sviluppi del pensiero dell'autore, che tuttavia conserva una notevole continuità su alcuni punti fondamentali, anche se questi vengono ripresi dentro contesti diversi e con un accumulo sempre maggiore di esigenze storiografiche e sistematiche[11]. Il farlo richiederebbe evidentemente uno spazio molto più ampio. Mi propongo invece di mostrare che, almeno nel *Sistema*, l'opposizione autorità/libertà è risolta in quella potere/diritto mediante la sussunzione della nozione di libertà nella struttura formale del diritto, mentre viene liberata, per così dire, la nozione di autorità in quella meno formalizzabile di potere[12].

[10] G. JELLINEK, *Staatslehre*, cit., p. 463, che cita per la definizione Jhering.

[11] Mi riferisco soprattutto alle differenti impostazioni di *Gesetz und Verordnung*, da un lato, e della *Allgemeine Staatslehre* dall'altro. *Gesetz und Verordnung* (su cui M. STOLLEIS, *Geschichte*, cit., pp. 370 ss.) era comunque dedicato al tema della garanzia in rapporto con la natura della legge e concludeva con l'affermazione che nonostante tutte le garanzie date dalle leggi e dal diritto, il confine fra legge e disposizione non riuscirà mai ad essere completamente determinato e la vita dello Stato conserva comunque il suo carattere formativo (412). Si tratta, come si vedrà, di un filo conduttore del pensiero di Jellinek. Anche l'*Allgemeine Staatslehre*, nonostante la complessa impalcatura, presenta notevoli caratteri di continuità con il *Sistema*. Sulla contestualizzazione storica della divisione fra scienze dello stato e scienze della società M. STOLLEIS, *Geschichte*, cit., pp. 452-3. Cfr. anche *infra* §8. Fra le due opere il *Sistema* appare come un momento di riflessione quasi-monografica che costituisce uno snodo fondamentale del pensiero dell'autore. Sulla sua importanza cfr. M. STOLLEIS, *Geschichte*, cit., p. 376. Di grande significato anche gli interventi 'minori' di Jellinek, pubblicati in G. JELLINEK, *Ausgewählte Schriften und Reden*, Berlin 1911, sul significato di alcuni dei quali H.-P. ALBERT, *Der Staat*, cit., e LA TORRE, *Jellinek*, cit.

[12] Sull'opposizione autorità/libertà come tema centrale dell'opera di Jellinek, cfr. G. GOZZI, *Les limites*, cit., p. 86.

Modi e significato di questa elaborazione risultano chiari dal procedimento di pensiero utilizzato. Jellinek scompone i termini da cui è costituita la nozione di diritto pubblico soggettivo, problematizzando il rapporto di «pubblico» con «statuale» e di «soggetto» con «individuo» in funzione di una determinata definizione del «diritto».

La nozione di soggetto giuridico è una delle premesse concettuali dell'argomentazione: «che l'uomo sia soggetto giuridico significa che egli sta in una determinata relazione con l'ordinamento giuridico, normata o riconosciuta dal diritto. Soggetto in senso giuridico perciò non è un ente, una sostanza, ma una facoltà attribuita e costituita dalla volontà dell'ordinamento giuridico»[13]. La soggettività giuridica, in quanto facoltà determinata dalla relazione all'ordinamento, non è dunque un ente naturale ma un'astrazione: indica la capacità di un volere unitario, continuo, razionale.

Anche la persona che la sostiene non è necessariamente un individuo in senso fisico, e tuttavia il carattere astratto della soggettività giuridica non è riducibile a pura finzione. La scienza del diritto utilizza qui il procedimento comune a tutte le scienze pratiche che si occupano di unità teleologiche. Il fine, dice Jellinek, è il *principium individuationis* di tutte le cose umane. Senza l'applicazione dell'idea di fine vi sono solo complessi di atomi. Quel che noi chiamiamo individuo è sempre un collettivo dal punto di vista naturalistico. Ciò vale tanto per il singolo quanto per la comunità. Solo applicando il principio teleologico attribuiamo unità ad una molteplicità e, mediante il riconoscimento della coerenza e della continuità del volere del fine, possiamo considerare l'i n d i v i d u o (singolare o collettivo) come una p e r s o n a[14].

[13] G. JELLINEK, *Staatslehre*, cit., p. 163.

[14] G. JELLINEK, *Gesetz*, cit., pp. 189-93; *System*, cit., pp. 21 ss.; *Staatslehre*, cit., pp. 145 ss. Non coglie la differenza fra astrazione e finzione H.-P. ALBERT, *Der Staat*, cit., pp. 98 ss., il quale peraltro non intende a mio avviso il significato forte della nozione di invidualità e considera come problema di Jellinek la conciliazione di *Individualität* e *Kollektivismus*, mentre per Jellinek nel mondo morale esistono solo individualità,

Alla base di tutto il ragionamento sta quindi l'idea che l'unità logica, se si vuole, formale dell'i n d i v i d u o debba essere costruita mediante qualificazione; che essa debba essere cioè definita dalla relazione ad un termine di riferimento esterno. Ciò risulta chiaro in modo particolare proprio nell'ambito del diritto che deve essere pensato come rapporto fra personalità, determinato dalle qualificazioni soggettive ad esse derivanti dalla relazione con l'ordinamento giuridico che ne definisce le *gegenseitige Berechtigungen*[15].

Su questa base è necessario anche costruire il concetto giuridico di Stato. Tralasciando ogni discussione sulle origini dello Stato, Jellinek parte dal dato di fatto che esso è portatore (*Träger*) di diritti. Come ogni costruzione giuridica dunque il concetto deve organizzare in un tutto senza contraddizione, e nella prospettiva dell'applicazione delle categorie del pensiero pratico, quanto è implicato in questa realtà di fatto.

Poiché il diritto è relazione di soggetti, anche lo Stato può avere dei diritti solo se di fronte ad esso si trovano altre p e r s o n a l i t à. Un potere di dominio fattuale diventa giuridico soltanto se detentore del potere e dominato si riconoscono come portatori di diritti e di doveri reciproci,

connessioni di fini che quando cessano di essere tali rientrano nel naturale. Il problema di Jellinek è quindi quello del rapporto fra mondo morale e mondo naturale ed il diritto gli sembra avere fornito il metodo per eccellenza per la comprensione di quel rapporto (G. JELLINEK, *Die socialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, Wien 1878, p. 14). I termini persona, personalità, soggetto hanno naturalmente una lunga storia filosofica e giuridica. L'utilizzazione jellinekiana della nozione di personalità, in particolare, è riconducibile a quello che viene indicato generalmente come kantismo (all'interno del quale però molte differenziazioni andrebbero riconosciute: cfr. *infra* n. 69). Sull'influsso di Kant soprattutto attraverso il neokantismo di Marburg, cfr. H.-P. ALBERT, *Der Staat*, cit., pp. 46 ss., 61, 239 e M. STOLLEIS, *Geschichte*, cit., p. 452, che insistono soprattutto sugli aspetti epistemologici della separazione fra momento empirico e momento normativo (su cui *infra* n. 104).

[15] G. JELLINEK, *System*, cit., pp. 8 ss., 28 per la definizione della personalità.

mentre un ordinamento giuridico che riconoscesse soltanto una personalità sarebbe un controsenso. Quindi il diritto pubblico oggettivo (*das objektive öffentliche Recht*) da un lato e il diritto soggettivo dello Stato (*das subjektive Recht des Staates*) dall'altro lato sono possibili a condizione che dominante e dominato siano membri di una comunità di diritto (*Rechtsgenossen*)[16].

La relazione fra i concetti di Stato, ordinamento dello Stato, ordinamento giuridico, diritto pubblico come *Staatsrecht* e diritto pubblico come *objektives öffentliches Recht*, dovrà essere indagata con estrema attenzione. Ciò vale anzitutto per il termine Stato per il quale occorre ogni volta domandarsi se Jellinek lo usi nell'accezione di stato-soggetto, di stato-ordinamento o di stato-compagine sociale e territoriale. In realtà i significati diversi risultano abbastanza chiari dai contesti nonostante qualche ambiguità.

Del resto l'autore lamenta l'incompiutezza e imprecisione della terminologia giuridica corrente rispetto al suo pensiero, tanto che nei passaggi essenziali si sforza di puntualizzare il significato dei termini usati[17]. Torneremo in seguito su questo punto. Qui basta osservare che nel ragionamento di Jellinek, posto che il diritto è relazione fra soggetti, lo Stato, in quanto soggetto di diritti non può identificarsi con l'ordinamento giuridico (*Rechtsordnung*): questo, come *medium relationis*, è il presupposto di ogni qualificazione giuridica, quindi anche delle qualificazioni giuridiche dello Stato come portatore di diritti[18].

[16] *Ibidem*.

[17] Cfr. per es. G. JELLINEK, *System*, cit., p. 13 su metodo e concettualizzazione («non è ancora nato un Kant che abbia prodotto una critica del giudizio giuridico»); 56 («la nostra terminologia giuridica ancora non è sufficientmente formata»); 231; *Staatslehre*, cit., p. 81, a proposito del concetto di società che come tutti i concetti che non sono usati soltanto in modo tecnico sono ambigui.

[18] G. JELLINEK, *System*, cit., p. 9; *Staatslehre*, cit., pp. 163 ss. Cfr. anche *ibidem*, p. 176: la relazione rispetto alla norma è l'elemento specifico di ogni concetto giuridico. Proprietà e possesso non sarebbero comprensibili senza la loro relazione alle norme.

Dalla qualificazione dell'individuo come persona, e più precisamente come soggetto, e dalla disgiunzione dello Stato dalla *Rechtsordnung* deriva così una peculiare visione del mondo storico-morale nella sua forma giuridica costituita dalle molteplici tensioni e determinazioni di rapporti interpersonali e inter-soggettivi che sono interamente investiti di carattere pubblico.

A questo punto Jellinek deve superare la difficoltà tradizionale del dislivello esistente fra le parti implicate nel rapporto di diritto pubblico: lo Stato, non sottoposto ad autorità superiore, e i sudditi, impossibilitati per questo motivo a vedere riconosciuto il loro diritto da un terzo come giudice.

La dottrina dei diritti pubblici soggettivi può essere vista come un tentativo di risolvere questo problema sollevando a personalità di diritto pubblico anche i sudditi. Sul fatto che questa sia un'operazione «tecnica», cioè scientifica e artificiale, prodotto del «metodo», non vi è dubbio; ma Jellinek sottolinea, come si è detto, che «astrazione» non è identico a «finzione» e reclama il contenuto pratico, concretamente costituito da atti psichici e comportamenti di vita[19] della sua costruzione.

Cercheremo ora quindi di capire il significato della dottrina di Jellinek in relazione al suo intento di sollevare la «forma» diritto dalla sfera dell'artificiale a quella dei valori pratici che egli reclama per essa. In che modo la riduzione dei rapporti di diritto pubblico alla forma generale delle relazioni intersoggettive, rappresentate nell' ordinamento giuridico e regolate da esso, riesce ad agire nella realtà non solo giuridica ma anche politica dello Stato? e quale contenuto di «pubblicità» conservano i diritti dei sudditi di fronte a uno Stato la cui riduzione a «persona» è riconosciuta come risultato di un'operazione scientifica, che prescinde dalla realtà nel suo complesso?

[19] G. JELLINEK, *System*, cit., p. 17; pp. 21 ss.; *Staatslehre*, cit., pp. 163 ss. dove anche il formarsi di una tradizione viene considerato il prodotto di una sintesi soggettiva.

Per dare una risposta a queste domande dovranno essere tenuti presenti i tre momenti del discorso di Jellinek sullo Stato: il primo è l'articolazione propriamente giuridica del sistema dei diritti pubblici soggettivi; il secondo la riflessione generale sullo Stato come realtà complessa e non solo giuridica; il terzo il riferimento alle scienze pratiche che tiene insieme tutta l'elaborazione e che costituisce la base epistemologica a partire dalla quale viene costruito lo strumentario tecnico-giuridico.

3. *Pubblico e privato: nel cuore della storia*

Le componenti della comunità di diritto (*Rechtsgenossenschaft*) prodotta dall'ordinamento giuridico sono nella realtà dello Stato, inteso nella sua complessità non solamente giuridica, d o m i n a n t e e d o m i n a t o[20]. La stessa *Rechtsgenossenschaft* non cancella questa opposizione. Jellinek non usa formule che sterilizzano con le apparenze del consenso e della pace lo sfondo degli scontri sociali rispetto ai quali soltanto il diritto definisce il suo compito e le sue possibilità.

È dentro un gioco di forze, dunque, che si muovono sia i sudditi, riconosciuti come persone, che lo Stato-persona, mentre l'ordinamento, di cui essi, le persone dei dominati e del dominante, sono il prodotto, è esso stesso pensato come organizzazione artificiale, cosciente, di concreti, instabili e mutevoli rapporti di vita (*Lebensverhältnisse*)[21].

Il doppio livello di definizione della personalità giuridico-formale, con riferimento alla volontà, e materiale, con riferimento al dato di fatto storico degli interessi[22], caratterizza

[20] G. JELLINEK, *System*, cit., p. 10.

[21] *Ibidem*, p. 41.

[22] *Ibidem*, 43 ss.; questo doppio livello è presente nello Stato come tensione fra *Machtsubjekt* e *Rechtssubjekt*, rispetto alla quale Jellinek (*System*, cit., pp. 10-11) intende mettere in chiaro le conseguenze di dottrine che non vogliano pensare lo Stato come portatore di diritti, non

tutta la costruzione del sistema dei diritti pubblici soggettivi; alla concezione del diritto come *zweiseitige Verbindung* dei sudditi e dello Stato alla legge, corrisponde una doppia anima della dottrina, potremmo dire per ora grossomodo statalista e liberale, ripromettendoci di chiarire in seguito il significato di questa coesistenza in essa di motivi e implicazioni contrastanti[23].

Jellinek stesso si trova a difenderne la peculiarità rispetto alla contrapposizione fra diritto privato, tradizionalmente definito nella prospettiva «individualistica» delle relazioni fra singoli in funzione dei propri interessi, e diritto pubblico, esso stesso fondato nella prospettiva giusnaturalistica dalla logica individualista del contratto, funzionalizzata al superamento dell'interesse individuale in quello generale, mediante la legittimazione del sovrano. Negando che si debba costruire una classe di diritti chiamati sociali, riferibili alle associazioni diverse dallo Stato[24], egli lavora invece sullo s c a m b i o fra diritto privato e diritto pubblico (nella loro formulazione classica) che affonda le sue radici nel concetto di personalità e di riconoscimento della personalità, aspetto chiave della dottrina proprio perché ne evidenzia i risvolti politici, le potenzialità e le contraddizioni[25].

Per renderci conto di tutto ciò ripercorriamo sinteticamente alcuni passaggi essenziali del suo ragionamento. Lo Stato è persona giuridica; la possibilità di attribuire ai sudditi delle pretese nei confronti dello Stato sembra esclusa se solo lo Stato è portatore di diritti pubblici; d'altra parte, se anche alla personalità singola viene attribuito un diritto pubblico, questa personalità diventa essa stessa soggetto di diritto pubblico e ciò sembra contraddittorio. Solo l'idea di un inseri-

guadagnando così un criterio per trasformare la realtà ineludibile dello Stato come soggetto di potere nella realtà dello Stato che vuole in modo formale, perché soggetto di diritto.

23 Centralità dello Stato in Jellinek in G. GOZZI, *Les limites*, cit., 88 ss.

24 G. JELLINEK, *System*, cit., p. 54.

25 *Ibidem*, pp. 10, 65, 92-93.

mento dello Stato-persona nell'articolazione dell'ordinamento giuridico consente di risolvere questa contraddizione. E infatti Jellinek, ricordando che «ogni diritto è relazione fra soggetti di diritto» e che quindi «anche lo Stato può avere dei diritti se di fronte ad esso si trovano personalità», conclude che lo Stato è personalità, cioè si trova in relazione ad altri soggetti (i soggetti dei dominati), di fronte all'ordinamento giuridico. Il processo mediante il quale tutto ciò si genera non è naturale né organico, ma artificiale (*künstlich*), posto mediante cosciente organizzazione umana (*menschliche bewußte Veranstaltung*). Dunque personalità, ordinamento giuridico e comunità di diritto sono funzioni l'una delle altre: la personalità presuppone una molteplicità di uomini che stanno in relazioni costanti e l'ordinamento giuridico produce tale unione facendo in modo che i rapporti di vita (*Lebensverhältnisse*) divengano rapporti giuridici (*Rechtsverhältnisse*). Il giurista può soltanto limitarsi a riconoscere che lo Stato è «eine auf begrenztem Gebiete basierte Zweckeinheit menschlicher Individuen» la quale dal punto di vista della conoscenza pratica «an dem Willen ihrer Glieder Organe ihres eigenen Willens besitzt»; la *Rechtsordnung*, l'ordinamento giuridico, ricollegandosi a questo dato di fatto indipendente, ordina «die staatliche Willensbildung», ovvero la personalità dello Stato; infine, lo Stato così formato, come soggetto di diritto, produce il *suo* stesso ordinamento, l'ordinamento statale[26].

La rinuncia del metodo giuridico a ricercare le origini dello Stato (come realtà giuridica) si risolve di fatto in una rinuncia anche a considerare come oggetto di ricerca la genesi dell'ordinamento. L'ordinamento, come lo Stato prima dell'ordinamento, e come lo Stato che ordina se stesso dopo essere divenuto soggetto giuridico entro l'ordinamento, sono altrettanti dati di fatto che la scienza giuridica assume per indagarli.

[26] *Ibidem*, p. 28.

Anche noi dovremo seguire il percorso di Jellinek analizzando i tre momenti: Stato, *Rechtsordnung*, *Staatsordnung*.

Determinante negli sviluppi di tutta la costruzione e discriminante, come vedremo, rispetto alle costruzioni tradizionali del passaggio dallo Stato di natura allo Stato di diritto è che la base storico-fattuale da cui il punto di vista giuridico prende avvio non è di tipo naturale ma di tipo morale, pratico: si tratta infatti di un'unione, determinata da una connessione di fini, che già come tale, indipendentemente dall'intervento cosciente e artificiale espresso dall'ordinamento, si concretizza in una volontà unitaria identificata dalla volontà dei suoi membri. L'ordinamento costituisce allora un elemento «artificiale», che perfeziona il dato di fatto storico-morale. Che il procedimento di costruzione dello Stato come personalità dentro l'articolazione dell'ordinamento giuridico sia artificiale non significa per Jellinek semplicemente che lo Stato non è naturale, quanto piuttosto che esso risulta dalla cosciente organizzazione di sfere pratiche relazionate secondo regole. Su ciò deve allora concentrarsi tutta l'attenzione[27].

[27] Cfr. particolarmente G. JELLINEK, *Staatslehre*, cit., pp. 266-67. Sul tema dell'artificialità dell'ordinamento in rapporto con la struttura del «positivismo della legge» ed al suo distanziamento rispetto all'organicismo di fondo richiama l'attenzione M. STOLLEIS, *Geschichte*, cit., p. 344 a proposito di Laband. Si deve sottolineare la radicalità della critica mossa da Jellinek all'organicismo (G. JELLINEK, *System*, cit., pp. 41 ss.; *Staatslehre*, cit., pp. 144 s. con rimandi a M. Weber e Gustav von Schmoller, quest'ultimo per la critica a Gierke; *ibidem*, p. 151 sulla storia del concetto di organo) e coerentemente del suo artificialismo che investe l'idea stessa di ordinamento come 'organizzazione'. L'organismo naturale è riducibile in ultima analisi a leggi di tipo meccanico; nello Stato l'unità del volere non è mai data dalla mano creativa della natura (*System*, cit., p. 41). La formulazione rimanda in modo critico a Kant, *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf* (1795), in *Werkausgabe*, hrsg. von W. WEISCHEDEL, XI, pp. 217 ss. La rilevanza della critica all'organicismo e al naturlismo ed il conseguente artificialismo appare particolarmente evidente nella discussione sui modi del passaggio dal non-diritto al diritto e viceversa (G. JELLINEK, *Staatslehre*, cit., p. 345). Cfr. anche *infra* n. 61. Va sottolinato anche il rapporto fra critica dell'organicismo e discussione della nozione di norma e idealtipo a cui rimanda G. JELLINEK, *Staatslehre*, cit., p. 149.

Nella storicità dello Stato come formazione complessa del mondo storico-morale funzionano dunque tre livelli: l'ordinamento giuridico che costituisce la comunità di diritto fra dominante (il soggetto di diritto Stato) e dominati (i soggetti di diritto sudditi), e regola la formazione della volontà nello Stato; lo Stato, come soggetto; l'ordinamento dello Stato (del funzionamento dei suoi organi), come prodotto dello Stato stesso in quanto soggetto. All'interno di questo quadro è definito il compito essenziale del diritto pubblico (*Staatsrecht*), che è quello di «ihn [lo stato] in seinem Wesen, seinen Organen, seinen Erscheinungsformen, seinen Funktionen, seinen Verhältnissen zu anderen Personen zu bestimmen»[28]. Esso riguarda l'ordinamento dello Stato, in quanto soggetto dotato di una sua organizzazione «fisica» (le persone fisiche che ne «portano» gli organi) inserito nell'ordinamento giuridico: come Jellinek dirà più chiaramente nella *Dottrina generale dello Stato*, nel contesto dei rapporti di volontà motivati dalla norma che trovano in ciò la norma della propria garanzia[29].

Su questo piano ed entro questi limiti dunque la dottrina comincia ad assumere la sua fisionomia.

Si può in sintesi rappresentare la concezione del diritto pubblico di Jellinek come rapporto fra status (*Statusverhältnis*) dove i soggetti non sono solo soggetti di diritto (*Rechtssubjekte*) ma anche di potere (*Machtsubjekte*), dotati di un *können*, un potere giuridico creato dall'ordinamento che affianca le facoltà derivanti dalla natura umana. Queste rappresentano, quando non sono dichiarate come illecite, l'elemento costitutivo dei rapporti di diritto privato[30].

[28] G. JELLINEK, *Gesetz*, cit., p. 196.

[29] *Infra* § 8.

[30] G. JELLINEK, *System*, pp. 47 ss. L'opposizione *Machtsubjekt* (detentore di un *können*)/*Rechtssubjekt* (detentore di un *dürfen*) è usata solo per lo Stato ma l'opposizione *können/dürfen* per definire quella pubblico/privato è identica anche per i soggetti non statali. Il concetto di *status* viene usato da Jellinek anche per il *privatrechtlicher Zustand* (per es. G. JELLINEK, *System*, cit., p. 81) ma si tratta appunto di una di quelle ambiguità linguistiche che derivano dal linguaggio tecnico, appesantito da

Capire il diritto pubblico come *Statusverähltnis*, o rapporto qualificato di personalità, significa quindi definire o ridefinire lo *status* ripensando la stessa concezione dello Stato-persona alla luce di quella definizione. Il modo in cui Jellinek compie questa operazione ricorda da un lato la nozione (di provenienza addirittura romanistica) di p e r s o n a, dall'altro lato però anche la trasformazione concettuale – dallo *status* allo Stato – che accompagna la formazione degli stati territoriali dell'impero[31].

La nozione di personalità, come rapporto che qualifica (come *status*), viene usata da Jellinek nel suo senso tecnico ad indicare la capacità giuridica (*Rechtsfähigkeit*) in modo analogo per tutte le «persone» presenti nella compagine statale fino alla persona dello Stato come soggetto di diritto[32], il cui *status* è caratterizzato dall'imperium[33]. L'unità della «persona», cioè del suo *status*, che è come dire del suo *können*, è rappresentata dal suo volere. In questa prospettiva il concetto stesso di «personalità», che ha una fondazione di tipo pubblicistico, torna a scindersi nella doppia realtà giuridica della «persona privata» e della «persona pubblica»: Jellinek non usa questa vecchia formulazione; ad essa però corrisponde la distinzione fra *wollendürfen*, poter volere lecitamente, ricadente nel diritto privato, e *wollenkönnen*, poter volere giuridicamente, cioè per competenza attribuita dall'ordinamento, proprio della «personalità» considerata secondo il suo *status*, che ricade nel diritto pubblico[34].

più di due secoli di definizioni e ridefiinizioni della nozione tradizionale. In generale sul piano della elaborazione è chiaro il rapporto fra *status*, come *öffentlich-rechtliche Qualification*, personalità, per sua natura *juris publici* e soggetto di diritto (*System*, cit., pp. 81 ss. e particolarmente 87).

[31] Sul risalente concetto di *status*, P. CAPPELLINI, *«Status» accipitur tripliciter. Postilla breve per un'anamnesi di 'capacità giuridica' e 'sistema del diritto romano attuale'*, in *Studi in memoria di Mario E. Viora*, Roma 1990, pp. 73-148.

[32] G. JELLINEK, *System*, cit., pp. 83, 56, 86.

[33] *Ibidem*, p. 61.

[34] *Ibidem*, p. 57.

La vecchia formulazione che distingueva fra «persone private» e «persone pubbliche» (originariamente gli *status* dell'impero) e per la quale uno stesso soggetto può essere considerato, in diversi rapporti, ora come persona pubblica ora come persona privata, sembra, a questo punto, di nuovo utilizzabile con alcune precisazioni sostanziali. In primo luogo la possibilità di una diversa qualificazione giuridica, pubblica o privata, riguarda qui tutti i soggetti dell'ordinamento, essendo caduto il contenuto più propriamente cetuale, *ständisch*, di quella vecchia formulazione; in secondo luogo profondamente rinnovato è il contenuto della distinzione fra «pubblico» e «privato». Questo, il *dürfen*, il potere lecitamente, è naturale; nel diritto privato si aggiunge al *dürfen* un *können* che riguarda il suo essere garantito, ma le variazioni quantitative di esercizio dei diritti (la quantità dei diritti posseduti dai singoli) lasciano inalterata la personalità. Il pubblico, invece, il *können*, il potere per competenza attribuito dall'ordinamento, sia come incremento del *dürfen* che come sua limitazione, è artificiale.

La dottrina dei diritti pubblici soggettivi è il risultato di questa considerazione radicale dell'artificialità del pubblico. Pubblico e privato non si fronteggiano *sic et simpliciter* come individuale (i singoli) e collettivo (lo Stato, come compagine statale o come persona morale nel senso tradizionale del termine). Dal punto di vista puramente formale tutti i rapporti di diritto sono rapporti di volontà, *Willensverhältnisse*, giuridicamente garantiti, cioè rapporti fra individui elevati a persone secondo le regole dell'ordinamento giuridico. In questa realtà artificiale tutta una serie di elementi contribuiscono a rendere labili i confini fra diritto privato e pubblico anche dal punto di vista materiale. L'individualizzazione della pretesa di tipo pubblicistico espressa dai diritti pubblici soggettivi è per Jellinek fuori discussione. Essa coinvolge ogni tipo di «individualità», quella del singolo come quella di tutte le unità di scopo considerate come persone dall'ordinamento. La garanzia della protezione giuridica, d'altra parte, è elemento pubblicistico già presente anche nel diritto privato. Il diritto soggettivo dei singoli nell'ambito del diritto pubblico è costituito quindi dalla capacità di mettere in movimento le norme dell'ordinamen-

to nell'interesse individuale, agendo peraltro nei casi *de lege ferenda* sul piano politico della rappresentanza per motivare il processo legislativo. D'altro canto lo Stato stesso, al pari di ogni altra personalità, ha un volere autonomo che, come ogni volere, ha la capacità di provocare cambiamenti nel mondo esterno e di esercitare un influsso sulla volontà degli altri motivandola. Il suo coinvolgimento in un rapporto comunque non è sufficiente per decidere del carattere pubblicistico delle pretese giuridiche che ne derivano[35]. Tutto ciò, come vedremo, ha un significato rilevante nel rinnovamento di quella qualità del «pubblico» che stiamo indagando e che trova il suo punto di forza nel fatto che i rapporti volontari fra Stato e sudditi, come rapporti fra personalità nella compagine statale, sono il nucleo dello scambio fra diritto pubblico e diritto privato[36].

La continuità fra le due tradizionali parti del diritto, incentrata sul *principium individuationis* della persona, come unità di volere all'interno di una connessione di fini riconosciuta dall'ordinamento[37], è sintetizzata nell'affermazione che la

[35] *Ibidem*, pp. 79, 82-83, 63-67; G. JELLINEK, *Gesetz*, cit., p. 196.

[36] Il quadro di rapporti che deriva da questa impostazione delle relazioni fra pubblico e privato, fra singolo e Stato, è diverso da quello espresso dalla identificazione della serie volontarismo/individualismo/Stato moderno = teoria della sovranità riconoscibile nel modello statuale «contrattualista»: in questo tutti i singoli sono uguali di fronte al sovrano; in quello tutte le persone, anche lo Stato, sono uguali di fronte all'ordinamento. Sul nesso individualismo/sovranità/modernità G. DUSO, *La critica hegeliana del giusnaturalismo nel periodo di Jena*, in G. DUSO (ed), *Il contratto sociale nella filosofia politica moderna*, Bologna 1992, pp. 311-361; G. DUSO, *La morsa del potere e la nostalgia per il «vero cittadino»*, in «Filosofia Politica», VI, 1992, pp. 120-131; G. DUSO, *Libertà e Stato in Fichte: la teoria del contratto sociale*, *ibidem*, pp. 273-309, che esprimono una posizione cndivisibile, purché tale nesso venga considerato nella sua storicità. Sulla storicizzazione e relativizzazione della sovranità come carattersitisca dello Stato in Jellinek (cfr. *infra*, p. 93 ss.).

[37] La centralità del tema del riconoscimento emerge nella trattazione dello *status negativus*: G. JELLINEK, *System*, cit., pp. 106 ss.; egli ne parla poi come di un termine tecnico non ancora sufficientmente introdotto nella letteratura del diritto pubblico *ibidem*, pp. 122, 198. Sull'attualità del tema J. HABERMAS, *Lotte per il riconoscimento nello stato democratico di diritto*, in «Ragion Pratica», II, 1994, pp. 132-165.

persona in quanto tale è *juris publici*. L'uguaglianza formale fra la personalità del dominante e la personalità del dominato, come perno del sistema intorno al quale si muovono l'elemento artificiale dell'ordinamento giuridico come *Statusverhältnis* (pubblico) e l'elemento pratico delle azioni individualizzate dalle connessioni di fine costituisce l'anima della dottrina dei diritti pubblici soggettivi.

A questo punto diventa naturale chiedersi quali siano secondo Jellinek le spinte concrete che innescano la dinamica fra i diversi momenti (quello pratico e quello tecnico) e determinano nella compagine statale la produzione, il riconoscimento o la modificazione dei rapporti di *status* in tensione con le individualizzate connessioni di fini.

La questione è impostata da Jellinek in termini teorici, a partire però da un terreno di confronto fattuale e storico. I dati di riferimento essenziali sono i modi della definizione di una causa, del carattere pubblicistico o privatistico delle pretese di cui essa deve decidere e la ricostruzione della storia dell'affermazione dei diritti fondamentali con l'analisi parallela del sistema dei diritti pubblici soggettivi, quali derivano dalla tipologia degli *status* di cui i singoli possono godere nello Stato. Così mentre, come si è detto, veniva tenuta fuori dalla considerazione giuridica la ricerca dell'origine dello Stato e del salto dallo Stato, come dato di fatto storico-morale, allo Stato come organizzazione regolata, attraverso il momento artificiale dell'ordinamento giuridico, questa stessa domanda viene trasferita sul piano dell'analisi dei rapporti interni alla compagine statale come «formazione» del mondo storico-morale. In questa prospettiva essa si risolve in due questioni più specifiche che possono così essere formulate nella terminologia giuridica di Jellinek: quali le implicazioni pratiche del «riconoscimento» di un certo rapporto di *status*, concesso dall'ordinamento in base alle procedure di formazione della volontà e/o come conseguenza delle pressioni poste in essere «praticamente»? Come e in ragione di quali motivazioni, un soggetto (la persona del singolo o quella dello Stato) può indurre nell'ordinamento, attraverso lo Stato, in quanto organo di volontà comune, il riconoscimento di un certo rapporto di

status, che è come dire un cambiamento dei rapporti all'interno dell'ordine costituito complessivo? Vedremo come all'interno di queste domande se ne pongano sotanzialmente altre due meno giuridiche eppure evidenziate proprio dal rigore del metodo giuridico che riconosce il suo proprio limite: e cioè la domanda circa il rapporto fra volontà comune (e si noti che Jellinek preferisce in genere questa formula rispetto alla formula «volontà generale»)[38] e interesse comune da un lato, dall'altro lato la domanda circa le possibilità di reciproco condizionamento delle diverse personalità dentro lo Stato. Insomma la domanda circa la formazione dello 'stato giuridico', che è come dire di uno stato di 'pubblicità' e di 'riconoscimento', di *Rechtsgenossenschaft* fra la persona del dominante e le persone dei dominati, è trasferita da un passato remoto, raffreddato nella soluzione consensuale o contrattuale che fonda logicamente e legittima giuridicamente il potere sovrano, nel vivo della storia.

4. *Il sistema dei diritti pubblici soggettivi*

Come si è detto in premessa l'opera di Jellinek è, per sua stessa dichiarazione programmatica, una ri-costruzione dottrinale di rapporti giuridici esistenti di fatto. L'intepretazio-

[38] G. JELLINEK, *System*, cit., p. 69 n, sottolinea che è bene evitare di usare l'espressione *öffentliches Interesse* al posto di *gemeines Interesse*; peraltro lui stesso usa l'espressione interesse pubblico, *ibidem*, p. 59. Per l'importanza di questa dislocazione dalla volontà all'interesse cfr. G. JELLINEK, *Staatslehre*, cit., p. 215, nell'ambito della critica alla dottrina della coercizione come carattere specifico del diritto in cui si dichiara che i fini possono essere perseguiti ed ottenuti «solo presupponendo l'esistenza di un ordinamento giuridico che... trasforma la volontà del singolo in interesse comune secondo un percorso predeterminato». È il percorso del riconoscimento dei diritti pubblici soggettivi che sono pretese individuali alle quali viene riconosciuto, in base alla relazione all'ordinamento, il carattere di interesse pubblicamente tutelabile. Il tema della volontà viene trattato ampiamente nell'ambito della critica al contrattualismo (*Staatslehre*, cit., pp. 462 ss., e della problematica della rappresentanza, pp. 559 ss.). Incomprensibile appare l'affermazione di H.-P. ALBERT, *Der Staat*, cit., p. 95, secondo la quale Jellinek non tratterebbe del tema della rappresentanza. Cfr. anche *infra* pp. 106 ss.

ne che ne risulta si raccoglie quindi intorno a pochi nuclei essenziali di ragionamento che costituiscono i gangli vitali del sistema. Questo si presenta, sia nel *Sistema dei diritti pubblici soggettivi* che nella *Dottrina generale dello Stato*, come una riproduzione dei meccanismi di funzionamento dell'impero, una ricerca storica del contenuto politico-sociale di quei meccanismi ed una elaborazione 'artificiale' del potenziale 'pratico', cioè delle tensioni politiche, rappresentato dagli istituti e garantito dalla complessità dell'ordinamento. Se non si vuole perdere il significato del suo lavoro e delle stesse ambivalenze della sua concezione bisogna dunque costantemente tenere presenti i termini in cui si esprimono quei momenti vitali della dottrina e il modo in cui questa comunica in ultima analisi una concezione della storia e della funzione del diritto in essa, che costituisce anche la risposta alla questione impostata nel precedente paragrafo.

Nei suoi tratti generali il sistema dei diritti pubblici soggettivi descrive la realtà giuridico-sociale contemporanea attraverso la gradualità degli *status* in cui il singolo può trovarsi nei suoi rapporti con lo Stato. I termini sembrano quelli noti dell'opposizione *status libertatis/status civitatis* ma l'adesione alle categorie tradizionali è più apparente che reale[39].

Jellinek distingue quattro *status*: lo stato passivo o della soggezione, negativo o della libertà, positivo o della cittadinanza e infine attivo o della cittadinanza attiva.

Nel primo stato il singolo è pensato in una condizione di totale subordinazione, in un rapporto che implica soltanto doveri di obbedienza ed esclude ogni forma di autodeterminazione.

La storia, e particolarmente la storia dello Stato moderno, ha però registrato una lotta costante per l'affermazione di una sfera sempre più ampia di libertà sottratta a controllo, il cui riconscimento si concretizza nella forma dello *status li-*

[39] In generale G. GOZZI, *Les limites*, cit., e M. STOLLEIS, *Geschichte*, cit., pp. 375-76.

bertatis o stato negativo: una condizione in cui i singoli godono di un certo ambito di libertà di fronte al quale non si trova come corrispettivo l'adempimento di obblighi positivi da parte di altri (singoli o Stato).

L'epoca in cui lo *status libertatis* si è affermato è quella in cui sono stati proclamati i cosidetti diritti fondamentali, i quali, secondo Jellinek, appaiono come singoli diritti di libertà solo perché storicamente si sono affermati in contrapposizione a determinate costrizioni e delimitazioni della sfera d'azione libera degli individui. Il contenuto dei diritti fondamentali, però, nella maggior parte dei casi non è costituito da singoli diritti bensì dalla libertà come valore assoluto, finalmente resa autonoma dai vincoli che in età ed in condizioni politiche precedenti l'avevano imbrigliata[40]. In realtà questa rappresentazione dello *status libertatis* come stato negativo di indifferenza giuridica e cioè di non riconoscimento positivo del nesso obbligo/diritto (nel rapporto fra i singoli e nel rapporto dei singoli con la personalità statale) è puramente astratta: la definizione dei diritti fondamentali come libertà in senso negativo, distinta in quanto tale dai singoli «diritti di libertà», positivamente tutelati, serve in Jellinek a sottolineare il carattere pregiuridico, piuttosto che prestatuale, della libertà. Questo perché Jellinek, come vedremo meglio, non identifica la forma Stato con la forma diritto.

L'ambito degli atti rigorosamente individuali costituisce per Jellinek il terreno degli atti giuridicamente indifferenti ma il principio su cui è fondata tutta la sua costruzione è costituito dalla equivalenza diritto/relazione fra soggetti giuridici,

[40] Presentazione generale dei quattro *status*: G. JELLINEK, *System*, cit., pp. 81-93. Si passa quindi alla trattazione specifica relativa ai singoli *status*, facendo però solo un breve accenno allo *status passivus*, logicamente primo nel sistema (87); in contrapposizione alla dottrina giusnaturalistica, costruita intorno al passaggio (storico o logico) dallo stato di libertà allo stato di soggezione, Jellinek segue il percorso storico, segnato dal riconoscimento dei «diritti di libertà» «naturali» e poi dall'incremento/decremento «artificiale» di tali libertà in virtù della natura stessa del diritto il cui carattere specifico è costituito dal concetto di limitazione. (*Freiheitsrechte* trattati nell'ambito dello *status negativus*, pp. 94 ss.).

cioè fra personalità qualificate: «dove per qualsiasi motivo questa relazione manca è escluso anche il diritto»[41]; cioè individualismo, inteso come riconoscimento di un valore assoluto all'essere e all'agire dei singoli, e diritto sono, per così dire, grandezze incommensurabili.

Dal punto di vista del diritto pubblico, che è l'oggetto di analisi del *Sistema*, la libertà nei casi riportabili al potere lecitamente (*dürfen*), caratteristico dello *status libertatis*, fonda la possibilità astratta di intraprendere determinate categorie di azioni che in forza dello *status* negativo non hanno significato giuridico di fronte allo Stato. E tuttavia lo *status* negativo, in quanto tale, deve essere esso stesso pubblicamente tutelato. Come appunto è accaduto storicamente con la proclamazione dei diritti fondamentali. La sua tutela fonda la pretesa giuridica (*Anspruch*) che l'individuo può avanzare per ottenerne il riconoscimento e il divieto fatto alle autorità statali di violare questo *status* mediante ordini e costrizioni illegittimi. Lo *status* negativo è così elevato a *status* giuridico per effetto della pretesa giuridica spettante all'individuo di poterne esigere il riconoscimento e la tutela.

Questa pretesa giuridica, come t u t t e quelle che si riferiscono ad un determinato rapporto di diritto pubblico, appartiene allo *status* positivo del soggetto. Lo *status* negativo acquista il suo carattere giuridico in forza dello *status* positivo e delle azioni che da questo derivano. Dunque in Jellinek «un'azione giuridica che possa sperimentarsi con mezzi legali, la possibilità di dare origine ad azioni giuridiche localizzate nell'individuo» non costituisce soltanto «la differenza essenziale fra lo *status* negativo ed il semplice effetto di riflesso del diritto oggettivo»[42] (che non può corrispondere a sollecitazioni o pretese individuali), ma anche fra lo stato negativo, come stato giuridico, e il semplice dato pregiuridico della libertà.

Nella logica dei diritti pubblici soggettivi, come nella realtà

[41] *Ibidem*, p. 50.

[42] *Ibidem*, p. 106.

storica, lo *status* negativo costituisce in tal modo il nucleo intorno a cui si organizza la trama più complessa dello *status positivus*, a partire dal riconoscimento della personalità che da esso si genera: «Die staatliche Herrschaft ist demnach eine Herrschaft über Freie, d.h. über Personen. Soweit der Staat die Persönlichkeit anerkennt, ist er selbst eingeschränkt»[43].

Col riconoscimento della personalità da parte dello Stato siamo così già sul piano della sua autolimitazione in virtù dell'ordinamento: in senso negativo dal momento che al *dürfen*, all'agire lecito dei singoli, non corrisponde nessuna azione positiva dello Stato; in senso positivo perché esso si impegna a prestare positivamente la sua tutela a salvaguardia della personalità del singolo, e cioè ad indirizzare la sua azione nella direzione di un determinato contenuto.

Che la tutela della personalità, da cui immediatamente scaturisce l'autolimitazione dello Stato, rappresenti il fondamento e l'emblema dell'intervento positivo dello Stato e che lo stesso ordinamento non venga inteso semplicemente come diritto oggettivo ma come spazio di confronto fra personalità, vorremmo dire come intersoggettività giuridica, è assolutamente chiaro in Jellinek. Il senso di questa centralità della tutela giuridica della personalità all'interno del sistema dei diritti pubblici soggettivi è dato dal fatto che, come Jellinek sottolinea rimandando anche a Savigny, la personalità non è un diritto che si possiede, ma una qualità, non rientra nella categoria dell'avere ma in quella dell'essere. Essa, potremmo dire noi, anche facendo riferimento alla lunga storia della categoria di *status* all'interno di una ontologia rinnovata in senso morale[44], non indica semplicemente, come un diritto, la relazione fra individui mediata dalle cose, bensì

[43] *Ibidem*, p. 85.

[44] Su questo cfr. F. PALLADINI, *S. Pufendorf discepolo di Hobbes*, Bologna 1990, e W. FIORILLO, *Tra egoismo e socialità. Il giusnaturalismo di Samuel Pufendorf*, Napoli 1992, entrambi commentati in G. VALERA, *Fra descrizione e norma: intorno a qualche contributo recente su diritto naturale, utilità, ragion pratica*, in «Materiali per la storia della cultura giuridica», XXV, 1995, pp. 225-242.

più complessivamente, una relazione fra soggetti mediata dall'ordinamento: «La tutela dei diritti non è che una finalità di secondo ordine per l'ordinamento giuridico; in primo luogo esso tutela ciò che forma il presupposto di ogni diritto, la persona stessa che ne è investita in quei caratteri che concorrono a formare il suo essere»[45].

L'elemento formale, sicuramente forte in tutta la costruzione jellinekiana, non annulla però l'elemento materiale presente nei rapporti. In forza dell'ordinamento, in forza cioè del riconoscimento dello *Statusverhältnis* come relazione fra personalità, lo Stato riconosce all'individuo la facoltà di pretendere giuridicamente un *dare* un *facere* o un *praestare*.

Ciò rimanda al fatto che le persone investite di diritti, come risulta dalle premesse concettuali impostate da Jellinek nella prima parte del *Sistema*, sono «individui» concreti, unità determinate teleologicamente. Tutti i rapporti fra personalità, passano per il tramite di entità fisiche (uomini, territorio) che rendono quegli individui attivi e visibili come espressione di quei fini.

Anche lo Stato, in quanto personalità, è abilitato ad agire: persino ad agire nel suo proprio interesse, come individualità teleologicamente determinata da una connessione di fini che reca nel suo interno l'impronta del suo rapporto iniziale con gli interessi dei dominati[46]. La complessità della connessione di fini che definisce l'individualità dello Stato, sostrato sostanziale della sua personalità, trova quindi il suo corrispettivo formale nei modi di formazione della sua volontà: questa è in effetti volontà di uomini; quindi la personalità statale agisce ed è fisicamente presente attraverso la capacità di esercitare funzioni politiche di un numero più o meno grande di persone a cui esso la attribuisce nella forma dello *status activae civitatis*[47].

[45] G. JELLINEK, *System*, cit., p. 83.

[46] *Ibidem*, pp. 200 ss. e 67 ss.

[47] *Ibidem*, p. 136: «Staatlicher Wille ist menschlicher Wille. Die staatliche Willensbildung muss faktisch oder rechtlich bestimmten menschlichen Individuen in ihrer Eigenschaft als Staatsorganen zufallen».

La rappresentazione giuridica della compagine statale è dunque tutta racchiusa nella dottrina dei quattro *status*. Questa rielabora l'elemento materiale (il singolo, lo Stato nella sua definizione ampia che comprende il territorio) all'interno della forma giuridica delle relazioni fra individualità, come unità teleologiche costitutive del mondo morale, elevate a personalità all'interno dell'ordinamento giuridico. Poiché «le pretese giuridiche che risultano dagli *status*» sono appunto quello che viene indicato «col nome di diritti pubblici soggettivi»[48], la dottrina degli *status* conferma il carattere interamente p u b b l i c o dell'ordinamento giuridico che è interamente sorretto dal principio della tutuela della persona: ne risulta che la «pubblicità» è intrinsecamente legata alla forma del diritto[49].

Su questo aspetto si ritornerà in seguito. Qui si deve fare un'altra considerazione sulla dottrina degli *status*. Il nesso stato negativo/stato positivo ne costituisce il cuore ed evidenzia che dal punto di vista della costruzione giuridica l'individualità-Stato e gli altri individui hanno nel sistema dei diritti pubblici soggettivi una posizione del tutto analoga.

Il singolo occupa uno *status* negativo o uno *status* positivo. Nel secondo egli persegue un fine che corrisponde ad un suo individuale interesse, ottenendone però la tutela, in virtù del riconoscimento che la tutela di quel suo interesse può essa stessa rivestire il carattere di interesse comune.

48 *Ibidem*, p. 86.

49 Il termine *Publicität* è usato da Kant per indicare il «concetto trascendentale del diritto pubblico» (I. KANT, *Entwurf*, cit., p. 244). Nel kantismo viene usato per indicare il carattere trascendentale del diritto in generale (per es., J. Chr. G. SCHAUMANN, *Versuch eines neuen Systems des natürlichen Rechts*, Halle 1796, p. 150). Anche se il termine non è usato da Jellinek mi è parso il più adatto ad esprimere sinteticamente l'aspetto qui indagato del suo pensiero. Sul tema *Publizität/Öffentlichkeit* come sintomo di un modo diverso di intendere il rapporto fra pubblico e privato in funzione dell'affermarsi graduale della 'libertà politica' in contrapposizione con la libertà naturale, alla fine del Settecento, cfr. D. KLIPPEL, *Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts*, Paderborn 1976, pp. 142 ss., dove l'accento cade peraltro sulla *Öffentlichkeit*.

Anche lo Stato può perseguire il suo proprio interesse. Esso può essere *Machtsubjekt* e *Rechtssubjekt*: «benché le sue azioni siano compiute tutte nell'interesse comune», esso può usare gli stessi mezzi di cui dispone il singolo. Può comportarsi come *Privatsubjekt* e «daher den Subjizierten als ihnen gleichartiger Träger von Privatrechten gegenübertreten»[50]. In altri termini, benché il riferimento all'interesse comune sia per così dire insito nel patrimonio genetico dello Stato, esso può trovarsi ad agire in funzione di interessi che non sono direttamente riconoscibili come comuni, in coerenza con la sua qualità di detentore dell'*imperium*, ma «suoi propri», si direbbe di pura autoconservazione e di consolidamento.

Jellinek introduce a questo proposito l'esempio delle attività relative al monopolio dei tabacchi: i negozi che riguardano tale istituzione sono di tipo privatistico perché lo Stato generalmente non si preoccupa, concludendoli, di amministrare un istituto di pubblica utilità; anzi, benché costituita nell'interesse comune, tale istituzione corrisponde soltanto al soddisfacimento di scopi fiscali. Invece in caso di espropriazioni, automatico è il riconoscimento di un diritto esercitato nel comune interesse, quindi del suo nesso con l'*imperium*. Nello stesso tempo, però, viene riconosciuto anche l'interesse comune alla tutela della proprietà e quindi il carattere pubblicistico del diritto all'indennizzo[51]. In questo caso Stato e singoli si fronteggiamo come «soggetti pubblici».

Dal punto di vista tecnico la questione si presenta essenzialmente sotto due profili possibili: o come questione dell' attribuzione di rilevanza giuridica a rapporti altrimenti considerati giuridicamente indifferenti; oppure come questione di riconoscimento del carattere privatistico o pubblicistico per le pretese di prestazione avanzate dal singolo verso lo Stato o dallo Stato verso il singolo, in base alla natura del rapporto che definisce la causa. Jellinek cita come esempio

[50] G. JELLINEK, *System*, cit., p. 60.

[51] *Ibidem*, pp. 62-63.

situazioni in cui contratti di tipo privatistico sono stati invece accresciuti di un significato pubblicistico così da dover essere discussi nei casi controversi per competenza dalla giurisdizione amministrativa.

Qui interessa soprattutto notare come da tutto ciò risulti che «lo Stato al pari dell'individuo può essere qualificato in due modi: quale soggetto di un *können* e di un *dürfen*, cioè come soggetto di un potere o di un diritto»[52].

Si può così applicare allo Stato quanto Jellinek afferma a proposito del *rechtliches können* del suddito: *das rechtliche können* è identico alla *Recthsfähigkeit*. La totalità del *können* rappresenta la personalità, indica tutte le direzioni secondo le quali essa può essere attiva. Perciò ogni diritto pubblico soggettivo, non soltanto quello del suddito, consiste secondo il suo lato formale in pretese che risultano da concrete qualificazioni della personalità: della personalità dello Stato come della personalità del singolo.

Senza contraddizione si può leggere a proposito dello stato anche quanto Jellinek scrive della differenza fra *dürfen* e *können* nel processo di formazione della *Rechtsfähigkeit*:

«L'ordinametno giuridico può aggiungere qualcosa alla capacità di azione dell'individuo, che egli non ha per natura. Esso può infatti attribuire la pretesa che determinate sue azioni vengano riconosciute come compiute legittimamente [zu Recht bestehend] e di conseguenza partecipino della difesa statale. Non sta nella libertà naturale dell'individuo di muovere lo Stato a dichiarare un'azione che sinora non aveva rilevanza giuridica come ora giuridicamente rilevante»[53].

Anche nella libertà naturale dello Stato, come *Zweckeinheit* individualizzata, vi sono determinate *Handlungsfähigkeiten* che costituiscono, nel quadro della dottrina degli *status*, il suo *dürfen* (se si vuole continuare nella analogia, il suo *status* negativo tutelato giuridicamente ed elevato a *status* posi-

[52] *Ibidem*, p. 61 e tutto il capitolo sulla questione degli «effetti di riflesso», natura delle cause e carattere dell'interesse.

[53] *Ibidem*, p. 47.

tivo), ma solo a partire dalla *Rechtsordnung* lo Stato potrà determinare il suo *können*, modificando la libertà naturale di azione (già insita nell'*imperium* come dato originario) quelle qualità che ne costituiscono la personalità. In una prospettiva che è opposta a quella del giusnaturalismo, per Jellinek l'*imperium* è qualità originaria, in questo senso «naturale», dell'individualità «stato», costituita da una certa connessione di fini. Il passaggio dallo stato naturale allo stato giuridico non è contrassegnato quindi dalla risoluzione di un rapporto fra individui in un rapporto di dipendenza degli individui dal sovrano, dotato di *imperium*, in virtù di una alienazione dei diritti individuali in suo favore. Al contrario è contrassegnato da un processo di qualificazione degli individui-persone e quindi anche dell'individualità-Stato che ne ridefinisce l'*imperium* accrescendone gli ambiti, limitandolo o indirizzandolo.

Se quindi una personalità a s s o l u t a del singolo, che non sarebbe obbligata in nessun modo ad una soggezione di principio al volere statale è impensabile e fa parte soltanto delle speculazioni giusnaturalistiche sulla personalità prestatale[54], d'altra parte, proprio il fatto che ogni personalità non è assoluta ma relativa, implica per Jellinek che tale sia anche la personalità dello Stato: «Chiamato alla realizzazione di determinati fini, esso è egualmente limitato nella sua capacità di azione» come conseguenza dell'obbligo morale al riconoscimento della personalità dei suoi membri. Il riconoscimento della personalità, moralmente necessario, poiché la compagine statale non può essere pensata che come costituita da unità riconoscibili in base alle categorie della ragion pratica, si converte nel riconoscimento di una *Rechtsordnung* dello Stato che obbliga giuridicamente (e non solo moralmente) lo Stato stesso. Così «la relazione fra Stato e personalità singola è tale che entrambi appaiono come grandezze che si delimitano reciprocamente. Con il crescere della personalità individuale diminuisce l'ampiezza dello *status* passivo e con ciò l'ambito di potenza dello Stato»; ed è proprio questo il contenuto caratteristico della storia politi-

[54] *Ibidem*, p. 86.

ca recente «un continuo accrescimento della personalità singola e con ciò della delimitazione dello Stato»[55].

Ritorneremo in seguito su questa considerazione della storia politica recente e sul modo di concepire la storia politica in generale che essa implica. Qui si deve richiamare l'attenzione ancora una volta sulla necessità di riconoscere nel discorso di Jellinek, a dispetto delle difficoltà insite nel linguaggio e talora delle ambiguità della costruzione, i diverse livelli di concettualizzazione e di organizzazione a cui si riferiscono le nozioni da lui utilizzate di Stato e quella di ordinamento giuridico. La personalità è sempre di diritto pubblico. Essa sorge dall'ordinamento giuridico e nell'ordinamento giuridico; ne è per così dire l'unità fondamentale proprio per la sua riducibilità a relazione, in contrapposizione con il concetto dell'individualismo atomista, contestato al meccanicismo giusnaturalista. Ma la rappresentazione dello Stato come personalità dentro l'ordinamento implica che il concetto stesso di ordinamento abbia per Jellinek qualificazioni diverse, secondo che indichi l'ordinamento giuridico (*Rechtsordnung*) oppure l'organizzazione della personalità statale, la *Staatsordnung*.

Su queste diverse qualificazioni bisogna ora soffermarsi per chiarire il senso del concetto di autolimitazione dello Stato.

5. *«Ordinamento giuridico» e «ordinamento dello Stato»*

La tensione fra «ordinamento giuridico» e «ordinamento dello Stato» non è esplicitamente tematizzata da Jellinek, risulta però chiara nell'ambito di definizione dei diritti degli organi statali e di trattazione del problema della formazione della volontà comune e della sua identificazione attraverso la volontà statale.

La premessa da cui si parte è che la volontà dello Stato viene ricavata dalla volontà naturale delle singole persone fisiche, le quali, però, diventano in questo modo organi dello Stato.

[55] *Ibidem.*

Gli organi statali, dunque, non sono persone, ma enti fisici, che nell'ambito della propria competenza, rendono visibili e tangibili le sue azioni: «Il monarca, le Camere, i ministri, i tribunali, i funzionari amministrativi non sono investiti di diritti perché l'organo non incarna lo Stato puramente e semplicemente, ma soltanto entro i confini della sua specifica competenza». La volontà dello Stato manifestata da ciascun organo in base alla sua competenza si presenta ad un altro organo come una volontà estranea. E tuttavia non ci troviamo di fronte alla contrapposizione di diverse persone bensì semplicemente ad una differenza di competenze[56]. Di fronte all'organo dello Stato la competenza estranea all'organo si presenta in modo analogo a come appare ad un individuo sottoposto al potere dello Stato: come forza imperante (*herrschende Kraft*), per quanto in essa vi è di *imperium* statale. Perciò la legge è obbligatoria per le autorità statali (*staatliche Behörde*) nella stessa misura in cui è obbligatoria per i sudditi, nonostante che la sostanza del legislatore e delle autorità sia unica; perciò all'interno dell'organizzazione statale è possibile comandare ed ubbidire, domandare e concedere o negare. L'«unus homo plures sustinens personas» trova il suo contrapposto di diritto pubblico nel «plures homines unam personam sustinentes»[57].

L'implicazione giuridica di ciò è che il concetto di diritto soggettivo non è applicabile agli organi statali, quali che siano. Il monarca non ha diritto di sanzionare le leggi ma ha competenza a fare ciò; il parlamento non ha il diritto di giudicare i ministri ma è a ciò competente. Il diritto che forma la base di queste competenze appartiene allo Stato nella sua interezza, riconosciuto dall'ordinamento come persona: «di ciò – aggiunge Jellinek – si deve essere persuasi quand'anche questa rigorosa distinzione non giunga mai a penetrare nell'uso della lingua parlata»[58].

[56] *Ibidem*, p. 225.

[57] *Ibidem*, p. 230.

[58] *Ibidem*, p. 231. Sul significato politico della divisione delle competenze M. STOLLEIS, *Geschichte*, cit., p. 368. Sul significato della nozione di

Questa distinzione fra persone e competenze, fra organi dello Stato e Stato, ha implicazioni significative per la questione che stiamo esaminando. Infatti per Jellinek una decisione relativa a un conflitto di competenze dentro l'organizzazione dello Stato e dei suoi organi non ha mai il carattere di una decisione su diritti soggettivi. Essa ha esclusivamente a che vedere con il diritto oggettivo, riguarda lo Stato prima della formazione della sua volontà, nel suo essere collettivo costituito da persone fisiche. Per lo Stato, che solo in quanto personalità e identificato dalla volontà, è oggetto di considerazione dal punto di vista dell'ordinamento giuridico, le singole manifestazioni di volontà dei suoi organi rimangono interne alla sua stessa personalità e devono condurre all'atto di volontà definitivo da essa emanante. La *Staatsordnung* non è qui la concreta applicazione della *Rechtsordnung*, tanto meno la proiezione della *Rechtsordnung* al livello dell'ordinamento statale, così che, realizzato questo, sarebbe implicitamente realizzata anche quella mediante il trasferimento della regolazione dei rapporti all'interno delle strutture dello Stato. L'ordinamento statale è solo un modo di formazione dello Stato-persona come soggetto dentro l'ordinamento giuridico ed è, pertanto, funzione di questo[59].

La differenza e la relazione fra ordinamento dello Stato ed ordinamento giuridico è uno degli aspetti più significativi e problematici del *Sistema*. Essa permette di risolvere alcune difficoltà di lettura dell'intera opera di Jellinek. Cerchiamo allora di capire in che cosa consista, quali ne siano le conseguenze giuridiche, quali quelle pratiche nella compagine statale vista nel suo complessivo agire.

Il problema posto è quello della formazione della volontà statale in rapporto con le regole del diritto oggettivo che governano le relazioni interne fra gli organi dello Stato, in funzione però della formazione della sua personalità nella

competenza nella costruzione formale del diritto L. GIANFORMAGGIO, *Rapporti fra etica e diritto*, in C.A. VIANO (ed), *Teorie etiche contemporanee*, Milano 1990, pp. 149-164.

[59] G. JELLINEK, *System*, cit., pp. 223 ss.

prospettiva dell'ordinamento giuridico. Anche in questo caso bisogna partire dal dato di fatto che Jellinek ha sempre presente nella sua elaborazione che «la proiezione della volontà individuale attraverso una moltitudine unita si verifica per il nostro pensiero pratico ogni volta che vediamo una unità di scopo organizzata, costituita da individui umani». Essa non dipende quindi dal riconoscimento mediante (*durch*) l'ordinamento giuridico. «Un'unione [*Verein*] proibita, l'usurpatore del volere dello Stato e il monarca legittimo hanno la stessa capacità di volere»[60]. Anche per lo Stato si può riconoscere come una realtà storica che esso abbia una sua interna organizzazione, una sua *Staatsordnung*. Esso risulta infatti, dice Jellinek, dalla organizzazione dei rapporti di volontà (*Willensverähltnisse*) all'interno di una unione (*Verbandseinheit*) in cui funzionano come rapporti di dominio (*Herrschaftsverhältnisse*) e può essere definito come una «*Verbandseinheit* di uomini sedentari dotata di una *Herrschermacht* originaria». La forma della sintesi giuridica, in base alle categorie del pensiero pratico indica che «l'agire libero sta alla base di tutte le attività, primo secondo il suo significato, logicamente primario»: «con un'azione libera lo Stato afferma la sua propria esistenza. La fondazione di uno Stato non è mai esecuzione (*Vollziehung*) di norme giuridiche; da essa lo Stato riceve direzione e meta del suo movimento storico».

La formazione di un organo della volontà giuridicamente

[60] *Ibidem*, p. 30. Il concetto di *Verein* fa parte della tradizione organicista a partire dall'inizio del secolo (cfr. a titolo di esempio la definizione emblematica, del 1805, di Io. B. NIBLER, *Der Staat aus dem Organism des Universum entwickelt. Mit einem Programm des Procanzlers Goenner über den Einfluss einer richtigen Ansicht von Staat auf Geschichte, Politik etc.*, Landshut 1805, p. 241: «Gli stati sono nell'idea un comando della ragione, nella realtà un prodotto della natura, sono un *Verein* e non una *Gesellschaft*... Il *Verein* è organico. L'universo è solo un organismo; gli stati sono parte di questo universo»). A quanto già detto sull'assoluto antiorganicismo di Jellinek (cfr. n. 27) va aggiunto G. JELLINEK, *Staatslehre*, cit., p. 379: «non il *Verein* e la *Gemeinde* sono modelli per lo Stato ma lo Stato al contrario è il modello della loro organizzazione».

valido dipende però dalla elaborazione dell'organizzazione di fatto nella forma dell'ordinamento giuridico[61].

Come può essere allora pensato, secondo il metodo giuridico ed in rapporto con i dati di cui il lavoro dell'elaborazione scientifica dispone, il nesso fra lo Stato 'fondato' nella sua forza di dominio (*Herrschermacht*) originaria e lo Stato organizzato come *Staatsordnung* riconosciuta mediante l'ordinamento giuridico?

Nell'analizzare i procedimenti di formazione della volontà dello Stato, cioè i procedimenti di formazione della sua personalità e quindi il suo inserimento come membro all'interno di un ordinamento giuridico, Jellinek distingue fra le norme giuridiche e i provvedimenti amministrativi. Leggiamo quanto egli dice in proposito: «In quanto lo Stato regola i suoi rapporti con i propri organi esso emana disposizioni che non hanno carattere giuridico perché si realizzano all'interno di una sola personalità». E tuttavia la personalità è, come Jellinek non si stanca di ricordare, relativa, pensabile solo in funzione di altre personalità. Gli organi dello Stato non sono persone, quindi non possono essere considerati

[61] G. JELLINEK, *System*, cit., p. 59; cfr. G. JELLINEK, *Staatslehre*, cit., pp. 173, 601. Il passo della *Dottrina generale dello stato* suona: «L'organo del volere fattuale può essere elevato a organo giuridico (*rechtlich*) soltanto attraverso l'ordinamento giuridico nella misura in cui esso riconosce come tale l'organizzazione che già come interno ordine vitale della unità di uomini sussiste indipendentemente dal suo riconoscimento». Rispetto al *Sistema* si osserva una sottolineatura del valore normativo del fattuale (su cui H.-P. ALBERT, *Der Staat*, cit., pp. 143 ss.; M. STOLLEIS, *Geschichte*, cit., pp. 452 ss.). Si deve però notare il significato tutto tecnico e artificiale del tema del riconoscimento in Jellinek (sopra n. 37) e, d'altra parte, la funzione della norma come forza motivante (*infra* n. 104). Sul significato del 'riconoscimento' rispetto alla forza normativa del fattuale G. JELLINEK, *Staatslehre*, cit., pp. 187-188, e per la critica della «razionalizzazione» del fattuale *ibidem*, p. 220. Una simile critica alla razionalizzazione si trova anche nell'ambito della critica al concetto corrente di sovranità (*ibidem*, p. 447). La valenza negativa attribuita al «razionalizzare» come «positivizzare» richiede una riflessione sul rapporto stabilito fra razionalità (tecnica) e forma dall'epistemologia di Jellinek, riflessione suggerita per esempio anche da G. JELLINEK, *System*, cit.

come coinvolti in *Statusverhältnisse*, nella forma dell'ordinamento giuridico. Non così lo Stato il quale

«nel maggior numero dei casi ... nell'ordinare le competenze dei suoi organi crea nel contempo doveri e pretese giuridiche per i sudditi, da una parte rispetto agli individui che personificano i suoi organi, dall'altra rispetto alla generalità dei suoi sudditi. Mediante norme giuridiche è stabilito chi debba portare la corona, chi debba sanzionare leggi, nominare i ministri etc. Mediante norme giuridiche è regolata la costituzione e la competenza del parlamento perché a coloro che rivestono la qualità di membro di esso sono concesse pretese giuridiche ad appartenervi, perché soltanto un parlamento legalmente costituito e deliberante nelle forme legali ha competenza per partecipare alla formazione delle leggi ed a controllare l'amministrazione. Mediante le norme giuridiche sono regolate la competenza e la procedura dei tribunali e la posizione dei giudici, perché tutto ciò serve a garantire la sicurezza e l'indipendenza della tutela giuridica».

Ne deriva che «die ganze innere Staatsordnung ist Rechtsordnung»[62].

In questa affermazione quella tensione fra *Staatsordung*, che riguarda i rapporti fra gli organi dello Stato e quindi non lo Stato come persona, relativa e coinvolta nel sistema degli *status*, e ordinamento giuridico, tutto espresso da quel sistema, appare nel modo più manifesto. È in fondo la stessa tensione che abbiamo visto più sopra nell'esaminare appunto il sistema degli *status*: la nozione di personalità, come perno intorno a cui ruota tutta la costruzione giuridica di Jellinek, pone al centro del sistema il nesso irriducibile *status* negativo/*status* positivo: quello esiste solo in funzione e in virtù di questo, che ne rappresenta il limite e la regola. Così la *Staatsordnung*, pensata come possibilità dell'azione

[62] G. JELLINEK, *System*, cit., pp. 233-34. Per la critica della corrente sussunzione della *Rechtsordnung* nella *Staatsordnung* anche G. JELLINEK, *Staatslehre*, cit., p. 462, nell'ambito della discussione della teoria dello Stato come *Herrscher* che deriva dal contrattualismo di Hobbes e Rousseau: se lo Stato può tutto giuridicamente (*rechtlich*), può anche eliminare l'ordinamento giuridico. Solo il *come* non il *se* dell'ordinamento giuridico sta nel potere dello Stato. Cfr. p. 139: lo Stato non deve essere identificato con la *Regierung*.

volontaria secondo il fine dello Stato attraverso i suoi organi, come perenne autorifondazione e, si potrebbe aggiungere, come tendenza alla conservazione del suo *status* negativo, non può sussistere se non in funzione della *Rechtsordnung*, che limitandolo e regolandolo lo trasforma in *status* positivo:

«perché esso [l'ordinamento dello Stato] non esiste per uno Stato astratto ma per la collettività concreta di uomini dai quali lo Stato è costituito. Ed è per questo che l'osservanza delle forme giuridiche ed il rispetto delle competenze giuridicamente stabilite per la formazione della volontà dello Stato costituiscono anch'essi un interesse generale»[63].

Comprendiamo a questo punto meglio il nesso fra diritto oggettivo, che in tutto questo ragionamento è stato considerato come lo *Staatsrecht* in senso proprio, l'ordinamento dello Stato, e il diritto pubblico oggettivo (*das öffentliche objektive Recht*), che appare nei passi inizialmente citati come l'insieme delle norme positive che regolano in un quadro oggettivo l'insieme dei diritti soggettivi (l'ordinamento giuridico). Jellinek problematizza due aspetti della confluenza all'interno del diritto oggettivo pubblico di *Staatsordnung* e *Rechtsordnung*, o, come si può dire usando una formula che deriva dalla sua stessa concettualizzazione, del diritto oggettivo dello Stato come collettivo e dei diritti soggettivi che costituiscono la sfera pubblica. Il primo riguarda le implicazioni che una certa organizzazione dello Stato può avere sul piano dei diritti soggettivi pubblici (per es. sul piano della cittadinanza attiva). Il secondo riguarda il fatto che per la sua stessa natura, come individualità per definizione identificata dall'«interesse comune», la sua stessa volontà formata in base alle regole della *Staatsordnung* tende a rappresentarsi come realizzazione oggettiva del libero confronto di volontà che è presente nell'ordinamento giuridico e che formalizza traducendoli in rapporti giuridici individualizzati gli interessi espressi dall'«opinione pubblica»[64]. Il fatto che

[63] *Ibidem.*

[64] G. JELLINEK, *System*, cit., p. 59 e 69; *Staatslehre*, cit., p. 99.

l'intera *Staatsordnung* sia anche *Rechtsordnung* non indica per Jellinek la sussunzione della seconda nella prima, che è, per così dire al di qua della moralità dello Stato, e dunque della sua giuridicità, lo riguarda solo come «collettivo», nella sua costituzione fisica attraverso le persone che ne materializzano gli organi. Egli si pone invece il problema di indicare quali siano le condizioni possibili di quella identificazione, visto che la pretesa avanzata dallo Stato è che gli si riconosca di agire, nelle forme proprie del suo ordinamento, come volontà determinante anche dell'ordinamento giuridico stesso.

Quali siano queste condizioni viene precisato da Jellinek mediante l'analisi dei diritti pubblici soggettivi dello Stato e attraverso la teoria della sua autolimitazione.

6. *Il diritto soggettivo pubblico dello Stato*

Nel definire i diritti pubblici soggettivi Jellinek si trova a doverli caratterizzare in una duplice prospettiva: come diritti soggettivi rispetto ai diritti di riflesso del diritto oggettivo e come diritti soggettivi pubblici rispetto ai diritti privati, già tradizionalmente intesi come diritti soggettivi.

Mettendo al centro la nozione di personalità come principio fondamentale di ogni costruzione giuridica egli giunge a delineare il carattere giuridico di una sfera pubblica in cui si fronteggiano nella loro qualità di detentori di diritti lo Stato e gli altri soggetti (i singoli, i comuni, i *Verbände* etc.)[65].

Nell'impostare la discussione dei diritti pubblici soggettivi dello Stato Jellinek prende avvio da una critica del giusnaturalismo classico, da Thomasius fino a Kant, considerando inaccettabile la concezione che diritto e dovere (*Pflicht*) siano correlati, come se ogni dovere fondasse necessariamente un diritto soggettivo. La teoria giusnaturalistica a cui Jellinek fa qui riferimento è quella che vede il *proprium* del

[65] G. JELLINEK, *Staatslehre*, cit., p. 395: «Sphäre der öffentlichen Rechte».

diritto rispetto alla morale nella facoltà di pretendere con la coercizione l'adempimento dei doveri giuridici. Il dovere giuridico – dice Jellinek – tutela i beni giuridici ed il loro valore soggettivo, cioè l'interesse. Nei casi in cui l'interesse comune viene difeso dal dovere della comunità (*Gemeinwesen*), non è sempre possibile costituire un diritto soggettivo di una qualsiasi persona a pretenderne la tutela[66]. Queste osservazioni suffragano la dottrina della 'oggettività' dell'ordinamento dello Stato e delle norme che regolano il rapporto fra i suoi organi: «l'ordinamento dello Stato si fonda su doveri che non producono diritti per nessuno»[67]. Esso forma la sua volontà come *Gemeinwesen*, che difende per definizione l'interesse del *Gemeinwesen*.

Diversa la posizione dello Stato come membro dell'ordinamento giuridico che fronteggia altre personalità. In questo caso dal dovere si genera anche una pretesa giuridica all'adempimento del dovere. Per quanto riguarda la pretesa dello Stato, questa è essenzialmente una pretesa all'obbedienza.

Il diritto all'obbedienza è il principale diritto pubblico soggettivo dello Stato. Ma «das potentiell allseitige Subjektionsverhältnis ist aktuell stets rechtlich beschränkte Subjektion, die für den Staat begrenzte Ansprüche auf Leisten, Dulden und Unterlassen der Untertanen zum Inhalt hat»[68]. Il limite posto al diritto pubblico soggettivo dello Stato appare subito come limite intrinseco al sistema dei diritti pubblici soggettivi, derivante dalla loro stessa natura che implica l'eguaglianza formale fra dominante e dominato[69]. Il diritto a pretendere l'obbedienza deve infatti conse-

[66] G. JELLINEK, *System*, cit., pp. 196-97.

[67] *Ibidem*.

[68] *Ibidem*.

[69] *Ibidem*, p. 185: «solo nella misura in cui lo Stato si considera limitato giuridicamente esso diventa soggetto di diritto. Un ente che agisce, che non è portatore di doveri [*Träger von Pflichten*], è soggetto di un potere non soggetto di diritto [*Machtsubjekt, nicht Rechtssubjekt*]; nel concetto del diritto «è contenuto già il concetto della limitazione». Il concetto di

guentemente specializzarsi nella pretesa al riconoscimento dell'atto sovrano. Questa pretesa costituisce la base per l'esistenza attuale del dovere speciale di obbedienza. Essa è rivolta non solo al suddito (l'individuo considerato nel suo stato passivo) ma anche al libero (l'individuo considerato nel suo stato negativo). Il riconoscimento della sovranità dello Stato passa però anche per il riconoscimento dei suoi organi, in altri termini per il riconoscimento di quel diritto oggettivo rispetto al quale non è possibile pretendere l'adempimento del dovere in nome di un diritto soggettivo. Per esempio: dopo un rivolgimento politico, il riconoscimento dei nuovi organi di potere è la condizione necessaria del loro funzionamento. Poiché nessun ordine si realizza esclusivamente mediante coercizione «il riconoscimento è la base essenziale dell'ordinamento giuridico nella sua concreta formazione»[70]. In questo senso si può concludere che il diritto oggettivo contiene anche sempre un diritto soggettivo, dal momento che «diritto soggettivo ed oggettivo non sono mai assolutamente contrapposti ma si integrano vicendevolmente»[71].

È questo il punto di massimo avvicinamento della dottrina di Jellinek alla dottrina giusnaturalistica dello Stato:

«L'ordinamento una volta riconosciuto, dunque sussistente in modo legittimo [*rechtlich*] richiede ora imprescindibilmente il riconoscimento di ciascuno e sulla base di quello il riconoscimento dei singoli doveri. Questo è il vero nucleo della dottrina giusnaturalistica dello Stato che ha risolto la creazione dello Stato stesso nell'atto di volontà dei singoli»[72].

limite come specifico del diritto è struttralmente connesso con quello di personalità. La sua elaborazione scientifica è al centro della discussione sul concetto del diritto a partire dalla fine del Settecento. A titolo di esempio G.E. DEDEKIND, *Grundlinien der Rechtslehre. Mit einer kritischen Beziehung auf den kantischen Rechtsbegriff*, Hildesheim-St. Petersburg 1798.

[70] G. JELLINEK, *System*, cit., p. 199.

[71] *Ibidem*, p. 197 n.

[72] *Ibidem*, p. 199.

In conclusione: pretesa al riconoscimento e all'obbedienza (*Gebot und Verbot*), quindi creazione del diritto oggettivo (l'organizzazione interna dello Stato) e del diritto soggettivo (ampliamento delle capacità 'naturali' degli individui teleologicamente costituiti e garanzia della tutela) sono diritti soggettivi pubblici dello Stato, che li possiede in quanto r i c o n o s c i u t o come oggettivamente esistente, nella sua alterità.

Ciò premesso bisogna capire anche il significato della critica che Jellinek muove alla teoria giusnaturalistica dello Stato, il cui errore consiste nel considerare come creazione del volere del singolo la stessa *Staatsordnung*[73].

La differenza fra la teoria di Jellinek e quella di impronta giusnaturalistica, di cui egli riconosce il segno persino in un avversario del giusnaturalismo come Stahl, consiste nella differenza fra r i c o n o s c i m e n t o e c o s t i t u z i o n e. Nella misura in cui si pensa lo Stato come c o s t i t u i t o dai singoli nella sua organizzazione oggettiva, si identifica la costituzione con la *Staatsordnung* senza passare per l'ordinamento giuridico. I sudditi si dissolvono nello Stato, la volontà dello Stato viene identificata come volontà generale e l'organizzazione interna dello Stato con l'organizzazione delle componenti sociali nel loro insieme, che Jellinek vuole dinamica, «intersoggettiva» – nel senso della soggettività giuridica –, tutta rappresentata dall'ordinamento giuridico. Per questo secondo Jellinek anche la teoria di Stahl, che fonda lo Stato «sulla coscienza morale-intellettuale della Nazione», corrisponde alla logica giusnaturalistica, che è la logica della fondazione dello Stato mediante alienazione[74].

Il riconoscimento dello Stato indica invece la sua alterità

[73] *Ibidem*.

[74] *Ibidem*, pp. 199-200. Si veda per questo la differenza fra *Staatsvolk* e *Gesellschaft* e in generale tutta la discussione su popolo, Stato, società in G. JELLINEK, *Staatslehre*, cit., pp. 95 ss., nonché la discussione del problema della rappresentazione e degli organi rappresentativi, *ibidem*, pp. 566 ss., in cui emerge chiaramente la tensione fra parlamento come rappresentante giuridico del popolo e le forme di espressione dei contenuti politici delle richieste sociali.

come dato di fatto politico-giuridico ed appunto questa alterità, fondante, come sappiamo, l'ordinamento giuridico, mette in moto la dinamica della storia politica moderna.

Una volta riconosciuto il dato di fatto storico-politico, del tutto indipendente dalla volontà dei singoli, della realtà dello Stato come individualità teleologicamente determinata da una connessione di fini posti come comuni all'interno di un certo ambito territoriale e di un certo gruppo di persone, tale realtà, che si organizza al suo interno mediante regole di formazione della volontà (la *Staatsordnung* come diritto oggettivo dello Stato) deve essere sancita all'interno di un'articolazione ordinamentale, che prevede il suo confrontarsi con gli altri individui o personalità. Quando ciò è avvenuto, che si realizzi l'ordinamento oggettivo dello Stato diventa interesse g i u r i d i c o della comunità del popolo: anzi «spesso sussiste una pretesa giuridica a che l'ordinamento dello Stato abbia esistenza per legge, a che le singole competenze statali siano osservate dagli organi all'uopo stabiliti». Se l'ordinamento dello Stato fosse perfetto e cioè tale da offrire piena e ineludibile soddisfazione alle pretese che derivano dall'ordinamento giuridico non sarebbe necessaria tutta una serie di garanzie. Non sarebbe necessario per esempio l'esame di costituzionalità. Ma di fatto «si verifica che in uno Stato in cui non esiste l'esame di costituzionalità delle leggi da parte dei tribunali può essere deliberata e sanzionata una legge modificatrice della costituzione senza rispettare le forme dalla costituzione stessa prescritte». *De lege ferenda* «in tale ipotesi esiste sempre una p r e t e s a verso lo Stato perché aumenti le garanzie per la stretta osservanza delle relative competenze». La questione non riguarda più soltanto l'ordinamento dello Stato, bensì anche l'ordinamento giuridico, cioè il rapporto fra lo Stato, organizzato secondo le regole del suo ordinamento, e le altre personalità. Così si spiega che nella prospettiva dell'ordinamento giuridico possono essere considerati come sostanzialmente analoghi il colpo di Stato e la rivoluzione[75]. Nel primo è lo Stato

[75] *Ibidem*, pp. 241-242.

che non «riconosce» i suoi partner giuridici e non si confronta con essi mediante le regole dell'ordinamento ma agisce esclusivamente in funzione della sua interna *Staatsordnung*; nella rivoluzione al contrario lo Stato con la sua interna organizzazione non viene riconosciuto come partner giuridico a cui chiedere il riconoscimento del proprio agire. Rivoluzione e colpo di Stato rappresentano così i momenti di massima scissione fra ordinamento giuridico e ordinamento dello Stato.

A questo punto riemerge però l'aporia fondamentale contro la quale si scontra anche la dottrina dei diritti pubblici soggettivi come tentativo di riconoscere una «sfera pubblica» in cui la personalità dello Stato e le altre personalità si confrontano e si controllano reciprocamente. Chi sarà di fatto il portatore di questa pretesa giuridica verso lo Stato che agisce secondo la sua *Rechtsordnung*? Jellinek tenta di risolvere il problema insistendo sulla doppia posizione dello Stato, come *Vertreter* e *Verwalter* dell'interesse comune e come soggetto della *Staatsgewalt*. La distinzione corrisponde, come sappiamo, a quella fra la posizione dello Stato nell'ordinamento giuridico e la sua organizzazione secondo l'ordinamento interno: «è allo Stato quale rappresentante dell'interesse generale che appartengono siffatte pretese verso lo Stato come forza volente»: infatti «la comunità del popolo [*Volksgemeinschaft*] ha un interesse giuridico [*rechtliches Interesse*] alla realizzazione della *staatliche Rechtsordnung*»[76].

[76] *Ibidem*, p. 234. In *Gesetz und Verordnung*, nell'ambito della trattazione della centralità della *Rechtssetzung* fra le attività dello Stato, Jellinek, dopo avere sottolineato che «in der Aufstellung einer Rechtsordnung, welche nicht nur dem Individuum, sondern auch dem Staate Mass und Grenze seine Thätigkeit anweist, zeigt sich die spezifische Eigenschaft des Staates: die ausschließende Fähigkeit zu herrschen», definisce la «staatliche Rechtsordnung» come una «Summe von Befehlen», dotata di forza motivante (cfr. sul peso della motivazione come carattere della norma *infra* n. 104) (p. 217). La posizione si chiarisce in virtù della distinzione fra legge formale e materiale (particolarmente pp. 240 ss.): dopo avere definito la costituzione come «formelles Gesetz» (p. 255), Jellinek parla di una *Constitutionelle Staatsordnung*: «leggi nel senso di un ordinamento statale costituzionale sono quegli atti volontari di uno Stato, che, o non possono essere affatto intrapresi dal governo o possono

La formulazione scopre un ulteriore aspetto della elaborazione del rapporto fra ordinamento dello Stato e ordinamento giuridico che qui viene pensato nelle sue modalità di realizzazione all'interno della compagine statale dove appunto la doppia qualificazione dello Stato si fa evidente. Infatti la comunità del popolo si identifica con lo Stato e quindi «lo Stato stesso è il soggetto giuridico di questo come di tutti i suoi interessi»; «in questo senso – nota Jellinek – si può bene affermare che in ogni risoluzione circa l'esistenza e l'applicazione del diritto oggettivo sia contenuta nel contempo una risoluzione circa i diritti soggettivi. Il soggetto di questi ultimi, peraltro, è identico al soggetto dell'ordinamento giuridico»[77]: cioè lo Stato-persona che, anche come amministratore dell'interesse comune, ha una sua volontà e deve esprimersi in rapporto al – e secondo il – limite posto da altre volontà.

In altri termini lo Stato che si presenta come detentore di diritti in nome del suo essere amministratore e portatore della volontà del popolo e che, in quanto tale, pretende dai suoi stessi organi un certo funzionamento, è a sua volta controllato e delimitato in questa sua pretesa da altri soggetti, parimenti riconosciuti mediante l'ordinamento giuridico: come Jellinek sostiene nella *Dottrina generale dello Stato*, lo *Staatsvolk* non si identifica con la *Gesellschaft*[78].

Jellinek tenta così di salvare la logica dei diritti pubblici soggettivi come confronto fra personalità e limitazione reciproca di volontà senza ricadere nella nozione della identità fra libera attività del popolo e attività dello Stato che aveva criticata in Stahl. Questa logica, pone come vero discrimine fra diritto soggettivo pubblico e diritto soggettivo privato la qualificazione dell'elemento materiale del diritto: l'interesse. Questo, anche nelle cause in cui è presente il massimo di «individualizzazione» della pretesa, può dar luogo ad una

essere intrapresi solo con la compartecipazione di organi immediati determinati costituzionalmente» (p. 259).

[77] G. JELLINEK, *System*, cit., p. 235.

[78] Sopra n. 74.

sua qualificazione pubblica dal punto di vista di un interesse comune. Ciò vale per le pretese dei singoli ed a maggior ragione vale per le pretese dello Stato:

«L'esercizio dei diritti statali [*staatliche Rechte*] si differenzia notevolmente dai diritti dei privati ... Anche quando lo Stato ha la libertà di principio di utilizzare o non utilizzare in casi determinati l'obbedienza dei sudditi, o quando ha il potere giuridico di porsi come fondatore di diritto, esso non può [*darf*] esercitare questo potere [*Macht*] in modo arbitrario».

La regola suprema del suo agire è «richte jeden Akte so ein, wie es dem Gemeininteresse am besten entspricht». Lo Stato possiede tutti i suoi diritti in funzione di questo suo dovere perché come conseguenza di questo dovere riconosce la sua limitazione: il limite posto allo stato negativo del puro *dürfen* secondo la prospettiva del riconoscimento e della qualificazione del contenuto dell'interesse è in ultima analisi l'elemento intrinseco a tutto il diritto soggettivo, anche al diritto soggettivo dello Stato. Né contro questa descrizione vale l'obiezione che il diritto pubblico diventerebbe così dovere pubblico. Proprio le regole per la formazione della volontà dello Stato (l'ordinametno dello Stato) sono poste a garanzia che questa 'massima' (come possiamo chiamarla per la sua assonanza kantiana) sia norma giuridica per i singoli organi che fisicamente, nella realtà dei fatti, costituiscono lo Stato.

A questo punto possiamo comprendere la dottrina dell'autoobbligazione dello Stato all'interno di quella nuova concezione della 'pubblicità' del diritto che è implicita nella dottrina dei diritti pubblici soggettivi e che coinvolge anche il diritto pubblico soggettivo dello Stato. Jellinek stesso riconosce che nella tensione fra *Staatsordnung* e *Rechtsordnung* «trova la sua inoppugnabile base la dottrina ... che il fondamento giuridico formale della obbligatorietà giuridica dell'ordinamento dello Stato consista nell'autoobbligazione dello Stato stesso»[79]: da quella tensione infatti risulta chiaro

[79] *Ibidem.*

che lo Stato membro di un ordinamento giuridico obbliga lo Stato che organizza il suo proprio ordinamento; organizza cioè i procedimenti di formazione della propria volontà ed i modi in cui il potere statale (*Staatsgewalt*) esercita la sua libertà di azione. Come già si legge in *Sozialethische Bedeutung*, il dovere (*sollen*) è una necessità (*müssen*) condizionata[80]; l'autoobbligazione dello Stato non è altro che il riconoscimento necessario della limitazione di ogni personalità, intrinseco alla nozione stessa di ordinamento giuridico:

«l'autoobbligazione di una persona concepita come isolata è in verità un non-senso. L'essersi raffigurata la personalità dello Stato come una personalità isolata, cioè a dire come sciolta dai rapporti giuridici coi suoi sudditi, costituisce il fondamento comune di tutte le obiezioni che sono state sollevate contro quella dottrina senza la quale tuttavia una concezione giuridica delle basi dell'ordinamento giuridico diventa impossibile»[81].

Ancora una volta il parallelismo fra il modo di pensare la personalità del dominato e quella del dominante risulta in modo chiaro: come la posizione del suddito non è pensabile nella prospettiva di una personalità 'assoluta' (la prospettiva della mistica prestatuale elaborata dal giusnaturalismo), così d'altra parte non è pensabile la persona dello Stato come sciolta dai rapporti giuridici con i sudditi. Anche questa farebbe parte di una mistica prestatuale. Lo Stato persona giuridica, lo Stato rappresentato dalla dottrina dei diritti pubblici, non è il sovrano chiuso in se stesso e definito dalle regole della *Staatsordnung*, ma quello reale che deve trovare in modo dinamico le sue forme in una *Rechtsordnung* prodotta e riprodotta nella perenne tensione fra *status* positivi e negativi, attraverso i procedimenti complessi del

[80] G. JELLINEK, *Socialethische Bedeutung*, cit., pp. 19-21: il contenuto del *Sollen*, di ciò che deve essere realizzato dall'azione umana è costituito dalla necessità incondizionata delle leggi naturali e condizionato dal volere dell'esistenza della società. Si ha quindi l'illusione di un incondizionato *sollen* che parla a noi nella forma di un imperativo categorico. Rimarchevole il riferimento critico a Kant.

[81] G. JELLINEK, *System*, cit., p. 234.

r i c o n o s c i m e n t o ed attraverso un sistema graduato di garanzie[82] che lo realizzano nella corrispondenza idealmente perfetta fra opinione pubblica (interesse medio) e diritto pubblico individualizzato nella sfera della 'pubblicità'. Il dato formale e il dato materiale nella concezione storica di Jellinek si esaltano vicendevolmente: il metodo giuridico, lungi dall'essere pensato come parte di una disciplina teoretica, rivolta all'essenza (fondata fisicamente, che significa poi antropologicamente) dello Stato, nasce dalle esigenze del pensiero pratico e ragiona in base a tipi ideali che costituiscono anche lo strumento di lettura del mondo storico-morale e della realtà dello Stato in esso.

7. *La denaturalizzazione dei diritti fondamentali*

La questione si sposta allora su significato e contenuto dell'interesse comune, come esso si formi e come esso sia riconosciuto. Essa è trattata da Jellinek particolarmente in rapporto con la critica della nozione di diritto pubblico soggettivo come riflesso del diritto pubblico oggettivo, che costituisce uno dei nodi fondamentali della sua dottrina.

Un diritto soggettivo pubblico è una pretesa individualizzata di soddisfacimento da parte dello Stato di un interesse pure individualizzato ma riconosciuto come tutelabile pubblicamente e in quanto tale omologato all'interesse comune. Considerare tale diritto come puro riflesso del diritto pubblico oggettivo a causa di tale qualificazione dell'interesse significherebbe identificare gli interessi comuni con gli inte-

[82] *Ibidem*, p. 50: tutela non identica a coercizione giudiziaria ma costituita dalla totalità delle garanzie graduate secondo il tipo e l'intensità che la vita giuridica conosce; pp. 349 ss. Su garanzia e opinione pubblica G. JELLINEK, *Staatslehre*, cit., p. 99, che non va inteso però nel senso che si possa raggiungere una «armonia di interessi» sulla base di regole non giuridiche dei commerci («nichtjuristische Verkehrsregel») (*ibidem*, p. 217). Il fondamento sicuro di ogni garanzia è l'ordinamento giuridico (*ibidem*, p. 218) e la coercizione è solo una sottospecie della garanzia: le *Rechtsnormen* non sono *Zwangsnormen* ma norme garantite (*ibidem*, p. 328). Cfr. anche *infra*, n. 104.

ressi costitutivi del diritto oggettivo dello Stato, riconvogliare tutta la realtà ordinamentale della compagine statale espressa dall'«ordinamento giuridico» all'interno della *Staatsordnung*, che verrebbe pensata come costitutiva di tutta la realtà statale – potremmo dire nei termini globalizzanti di una «costituzione materiale», tralasciando il significato formale del «riconoscimento» della organizzazione dello Stato, segnalato dalla tensione fra ordinamento giuridico e ordinamento statale. Così verrebbe respinto in secondo piano il ruolo giocato dalle individualità non statali nella dinamica dei soggetti agenti nella sfera pubblica.

Ma seguiamo più da vicino il ragionamento di Jellinek.

Per Jellinek si ha puro effetto di riflesso quando il singolo (*der Einzelne*) diventa oggetto della cura dello Stato esclusivamente nell'interesse comune[83]. Vi è però il caso di pretese avanzate da individui per ottenere tutela o soddisfacimento, che, con procedimenti diversi secondo che si tratti di una situazione *de lege lata* o *de lege ferenda*, vengono riconosciute dallo Stato come legittime. In quel caso la teoria degli effetti di riflesso non spiega come mai lo Stato intervenga solo su richiesta del singolo e non invece autonomamente in virtù del suo diritto. Il criterio giuridico formale per decidere se una norma sulla base del diritto positivo sia data soltanto nell'interesse comune o deve servire anche interessi individuali consiste infatti appunto nel rilevare se agli individui sia data la facoltà di mettere in moto norme del diritto pubblico nel proprio interesse, facoltà che la teoria degli effetti di riflesso appunto non è in grado di spiegare[84].

La critica alla dottrina degli effetti di riflesso ha implicazioni anche nella interpretazione del significato storico e giuridico dei diritti fondamentali.

Questi, benché si presentino come il prodotto logico di una teoria generale dello Stato e dell'uomo, secondo Jellinek sono, come si è già detto, per struttura e contenuti, soltanto il pro-

[83] G. JELLINEK, *System*, cit., p. 73.

[84] *Ibidem*, p. 79.

dotto storico di lotte aspre che hanno eliminato vincoli già posti dallo Stato alla libera azione – allo *status* negativo – delle individualità non statali. Essi si dispiegano anzitutto come arretramento del territorio di potere dello Stato ed avanzamento della sfera di libertà che rappresenta lo *status* negativo; questo loro carattere è dimostrato dal fatto che inizialmente non giustificano pretese individuali al venir meno di leggi positive esistenti, né implicano interventi legislativi precisi se non nei casi in cui ciò sia reso necessario dal costituirsi di un vuoto normativo. Quindi il fatto che delle leggi promulgate sulla base di tali «norme costituzionali» (*Verfassungsnormen*) risultino a favore dell'interesse individuale è puro effetto di riflesso del diritto oggettivo[85]. Entro questi limiti Jellinek riconosce come corretta per la sua epoca la tesi di Gerber che i *Freiheitsrechte* sono effetti di riflesso del diritto oggettivo. Questo perché «la differenza fra riflesso del diritto oggettivo e diritto soggettivo individualizzato non è possibile senza garanzia della tutela». Con l'istituzione del tribunale federale svizzero, del tribunale imperiale austriaco e dei tribunali amministrativi nei diversi stati tedeschi la situazione cambia: «l'interesse individuale che si celava nelle formule dei dirtti fondamentali è stato espressamente riconosciuto e protetto»[86]. Con ciò veniva elevato a dignità di diritto pubblico soggettivo con una specifica qualificazione di interesse comune da tutelarsi ogni volta che un singolo individuo ne facesse richiesta mettendo in moto a questo fine la macchina dello Stato, chiamato obbligatoriamente a corrispondere. La tutela già per lo più garantita a certe espressioni delle libertà fondamentali davanti alle leggi penali si trasforma così in «riconoscimento» del contenuto di interesse comune proprio di tali diritti individualizzati. Prova ne è appunto il carattere nuovo della tutela giuridica ad essi garantita con l'istituzione dei tribunali amministrativi: non ad una tutela di tipo penale miravano

«le norme costituzionali che riconoscono la libertà personale, l'inviolabilità del domicilio, il segreto epistolare, ma soprattutto ad

[85] *Ibidem*, pp. 97-98.

[86] *Ibidem*, pp. 101-07.

istituire una difesa contro l'arbitrio amministrativo, difesa che per lungo tempo consistette soltanto nel ricorso amministrativo e cioè in un rimedio giuridico, che, per la sua natura, non permette di stabilire con certezza una separazione fra interesse individuale giuridico ed interesse di fatto»[87].

Ciò che occorreva in altri termini e che si verificò con il riconoscimento dei diritti fondamentali come diritti pubblici soggettivi era di evitare che il contenuto di interesse che li caratterizzava potesse essere appiattito sugli interessi di fatto, sui quali in ultima analisi poteva fungere come criterio decisivo la teoria dell'effetto giuridico di riflesso, spostando lo sguardo del decisore dalla consistenza e implicazione dell'interesse individuale specifico, contenuto nel caso in cui

[87] *Ibidem*, p. 103. Sul rapporto fra la tematica dei diritti pubblici soggettivi e quella dei diritti fondamentali M. STOLLEIS, *Geschichte*, cit., pp. 371 ss., specificamente p. 374 ss. dove è sintetizzata la discussione relativa alla difficoltà di riconoscere l'oggetto dei diritti fondamentali con la conseguente impossibilità di considerarli come diritti soggettivi. La garanzia viene considerata sostanzialmente implicita nel principio dello Stato di diritto. Bisogna comunque ammettere che la nozione di Stato di diritto viene usata talora in modo generale ed è diventata nel nostro uso una comoda categoria di giudizio (cfr. C. DE PASCALE, *Archäologie des Rechtsstaates*, in M. BUHR [ed], *Das geistige Erbe Europas*, Napoli 1994, pp. 489-505). Per quanto riguarda specificamente il linguaggio fondamentale di Jellinek esso non comprende la nozione di *Rechtsstaat*, la quale viene introdotta piuttosto in contrapposizione a quella di *Justizstaat*, per sottolineare che alla «oggettiva contrapposizione fra *Rechtssetzung*, *Rechtssprechung* e *Verwaltung* corrisponde quella soggettiva fra legislatore, giudice e amministratore», ma non si deve per questo pensare ad una meccanica separazione delle tre funzioni. Altrove, dunque, vanno cercati i principi della garanzia. Cfr. *Gesetz und Verordnung*, cit., p. 225. Altra cosa è il concetto giuridico dello Stato. Questo più che mettere al centro della attenzione la legge, come limite invalicabile del potere, sposta la visuale sul diritto soggettivo, cioè sul soggetto del diritto o, come forse si può dire, per segnalare lo sforzo di confronto fra metodo giuridico e prospettiva sociologica, sul soggetto dell'agire giuridico. Cfr. *infra*. H.-P. ALBERT, *Der Staat*, cit, p. 240, parla di positivizzazione dei *Grundrechte*. Con la formula «denaturalizzazione» ho inteso sottolinare che non si tratta semplicemente del riconoscimento positivo di diritti fondamentali ma di un loro ricondurli all'interno della vicenda delle forze storiche. Sul significato individualistico dei diritti fondamentali in virtù del loro nucleo originario costituito dalla libertà di coscienza, soprattutto M. LA TORRE, *Jellinek*, cit. Sul problema dell'individualismo in Jellinek cfr. però n. 36 e *infra* pp. 111 ss.

veniva avanzata la richiesta di tutela, a quella dell'interesse/diritto oggettivo dello Stato. In tal caso infatti la tutela di tipo penale riguardava tutt'al più solo il rapporto con altre individualità non statali, ma non vi era garanzia neppure rispetto alla esecuzione della eventuale condanna penale: in altri termini non era riconosciuta «la garanzia verso lo Stato nella misura in cui esso commettesse torto attraverso le persone fisiche che ne personificano gli organi»[88]. Inoltre «il fine legislatorio della enumerazione di questi *Grundrechte* era doppio: protezione contro l'amministrazione dello Stato [*Staatsverwaltung*], coercizione dei giudici e della polizia, ma anche protezione contro la legislazione. Dovevano essere posti limiti non solo alle autorità statali ma anche alla volontà dello Stato che pone il diritto» al punto che

> «nel caso di turbativa dello *status* negativo in qualsiasi sua manifestazione, il riconoscimento della libertà e la rimozione delle azioni statali che la violino, possono essere pretesi mediante reclami giuridici»; «l'individuo ha la capacità di mettere in movimento norme dell'ordinamento giuridico nel suo interesse»[89].

Il significato della differenza fra la tutela giuridica garantita secondo le leggi penali e quella dovuta in base alla giustizia amministrativa non può essere sottovalutato. Essa corrisponde all'esigenza di non identificare automaticamente, sotto la specie del diritto oggettivo, la volontà dello Stato con quanto disposto dall'ordinamento giuridico. Inoltre è coerente con la critica alla opinione comune che la coercizione sia il carattere distintivo del diritto e che la garanzia giuridica si identifichi con la sanzione coercitiva di cui lo Stato detiene il monopolio.

Prima di tornare su questo punto bisogna ancora fare qualche osservazione sul significato specifico di questa collocazione dei diritti di libertà/diritti fondamentali all'interno del gioco dinamico di forze che caratterizza il rapporto fra *status* negativo e *status* positivo.

[88] *Ibidem*.

[89] *Ibidem*, p. 106.

Lo *status* negativo non si esaurisce secondo Jellinek nelle libertà riconosciute legislativamente come interesse individuale. Le leggi che lo riguardano fanno capo al principio generale che «l'individuo non deve essere indotto dallo Stato ad alcuna prestazione contraria alla legge» e che lo *status* negativo è tutelato dal fatto che «il singolo ha una pretesa giuridica al suo riconoscimento»; con ciò, con la possibilità di produrre pretese giuridiche localizzate nell'individuo, lo *status* negativo si distingue dal puro effetto di riflesso del diritto oggettivo[90]. La storia però ha prodotto sempre nuovi riconoscimenti, incrementandone l'ampiezza e determinando sempre meglio la consistenza dello *status* positivo; ha riempito, cioè, quel principio di contenuti sempre diversi attraverso la produzione legislativa, cambiandone il significato concreto a mano a mano che la «legge» in base alle quale giudicare le prestazioni cambiava essa stessa.

Fin qui Jellinek. Per noi è possibile ora indicare quale fosse il significato di quel ripensamento dei cosiddetti diritti di libertà, storicamente sedimentati nel 'catalogo' dei diritti fondamentali all'interno della nozione generale di *status* negativo. Essi vengono, per così dire, denaturalizzati. Prodotto della storia, riconosciuti ormai come componente ineliminabile della realtà giuridica dei popoli più civili[91], non possono essere ridotti tuttavia ad un catalogo, ormai definito e cristallizzato; debbono essere coinvolti invece all'interno del movimento che investe gli individui e lo Stato nella definizione dei propri spazi di competenza. Gli stessi diritti politici, assumendo la forma dei diritti della cittadinanza attiva, non sono semplice effetto riflesso di un diritto oggettivo, come sosteneva Laband; contengono invece delle importanti pretese positive, individualizzate nei confronti dello Stato[92].

In conclusione i diritti fondamentali sono come tutti gli altri

[90] *Ibidem*.

[91] Cfr. G. JELLINEK, *Staatslehre*, cit., pp. 362-63, 396 ss.

[92] G. JELLINEK, *System*, cit., pp. 119 ss. e particolarmente pp. 136 ss.

diritti pubblici soggettivi costituiti da un *können*, che modifica la naturale capacità espressa dal *dürfen*. Essi sono pertanto «artificiali», non naturali. La denaturalizzazione dei diritti fondamentali è coerente con la critica della concezione giusnaturalistica dello Stato. Infatti l'idea che i diritti 'naturali' potessero essere considerati come intrinseci all'ordinamento dello Stato e quindi effetti di riflesso del diritto oggettivo contiene in realtà, seppure non del tutto esplicitata, l'idea che lo Stato stesso sia fondato nel diritto di natura, o se si vuole legittimato da esso, in quanto come legislatore positivo lo realizza ed applica. Per i teorici della naturalità dei diritti fondamentali infatti lo Stato era istituzione per la difesa di quei diritti (*Schutzanstalt*). I diritti fondamentali, rielaborati come diritti pubblici soggettivi, riletti alla luce del loro affermarsi storico, appaiono, invece, contingenti e modificabili esattamente come contingente può essere considerata, secondo Jellinek, la nozione di sovranità dello Stato[93].

La vicenda storica dell'affermarsi dei diritti fondamentali e del diverso tipo di rapporto fra lo Stato e le individualità non statali riporta, insomma, alla dinamica produttiva di *status* negativo e *status* positivo come spazio di confronto e di reciproca esclusione degli altri due *status*: il passivo e l'attivo. Di questi il primo rappresenta la condizione pura del suddito, il secondo la condizione pura del sovrano. Obbedienza (assoluta) e libertà (assoluta) sono i due poli dentro i quali si muove il sistema dei diritti pubblici soggettivi. Nella concezione tradizionale dello Stato sovrano, che Jellinek critica in modo compiuto nella *Staatslehre*, *status* passivo e *status* attivo sono funzioni l'uno dell'altro nel realizzare l'unità del corpo politico espressa, da un lato, mediante la dipendenza di tutti i membri del corpo civico dal sovrano, dall'altro, nell'unità del sovrano come rappresentazione delle volontà di tutti. Nella concezione di Jellinek la nozione centrale di personalità e la visione ordinamentale dello Stato, come compagine politica regolata secondo la forma del 'riconoscimento', fonda la dipendenza di tutti da tutti di

[93] G. JELLINEK, *Staatslehre*, cit., pp. 460, 474.

fronte all'ordinamento giuridico. Jellinek si rende conto che tanto la soggezione assoluta quanto la libertà assoluta non sono una questione di diritto ma di potere. Nella realtà politica moderna e contemporanea però l'elaborazione delle condizioni di potere in condizioni di diritto è passata attraverso le positive 'qualificazioni' dei soggetti nell'articolazione dell'ordinamento giuridico:

«Si immagini lo Stato – egli scrive – in cui l'interesse individuale come tale non sia per nulla riconosciuto, ma sia tutelato e promosso soltanto come parte costituente dell'interesse generale. In siffatta condizione di diritto pubblico non esisterebbe alcuna pretesa per l'individuo, quale membro dello Stato, a prestazioni positive dello Stato medesimo. Lo Stato agirebbe per l'individuo ma non su sua richiesta: qualsiasi tutela e qualsiasi vantaggio accordato al suo interesse non sarebbe che un effetto riflesso; non esisterebbe una sfera giuridica individuale».

Al posto dei diritti «vi sarebbero soltanto interessi individuali da tutelarsi in conformità all'interesse generale e perciò secondo il giudizio delle autorità. Il diritto penale sarebbe il tipo a somiglianza del quale risulterebbero costituiti tutti gli altri tipi di diritto». Questo è quanto si verificava di fatto nel secolo diciassettesimo nell'ambito dell'amministrazione dello Stato di polizia che

«si era avvicinato di molto alla condizione prima supposta, in quanto da una parte si riconosceva in sommo grado il suo dovere di essere sollecito al pubblico bene, dall'altra parte non veniva accordata all'individuo alcuna pretesa giuridica verso l'amministrazione per esigere che il pubblico bene prendesse forma concreta di bene individuale»[94].

Allo sviluppo della giustizia amministrativa si accompagna l'importanza dell'oggettiva regolamentazione degli organi dello Stato ed in particolare della legislazione. La dinamica del «riconoscimento» e quindi della creazione di *status* arti-

[94] G. JELLINEK, *System*, cit., p. 84 (spaziatura mia).

ficiali sempre diversi secondo le pressioni di volta in volta emergenti e nella forma dell'ordinamento giuridico, deve infatti sempre fare riferimento alla possibilità di distinguere fra diritto pubblico soggettivo e diritto di riflesso. Quello che è in genere possibile *de lege lata* è però spesso complicato nelle situazioni *de lege ferenda*. Tuttavia, aggiunge Jellinek, «la progressiva garanzia ed il progressivo riconoscimento di sempre nuovi interessi individuali sulla base di profonde correnti popolari rappresenta una caratteristica della nostra epoca così ricca di contraddizioni, nella quale ampi strati sociali combattono l'individualismo nella società e richiedono la sua protezione dallo Stato»[95]. All'interno di questo movimento «caratteristica specifica del diritto pubblico è che la stessa persona garantisce la difesa giuridica e direttamente o indirettamente è obbligata: si tratta dello Stato». Lo Stato non può far fronte al suo obbligo come fa il privato che nell'interesse di altri tralascia o compie azioni che in sé e per sé fanno parte della sua naturale capacità (del suo *dürfen*);

«piuttosto questo fare o tralasciare deve essere normato dall'ordinamento giuridico in modo tale che principi giuridici oggettivi prescrivano agli organi dello Stato un determinato agire o non agire in una determinata direzione. Quello che l'individuo fa con la sua azione lo Stato lo compie con la produzione di diritto positivo [*Rechtssetzung*]»: «il diritto pubblico soggettivo dei sudditi non solo viene prodotto e difeso dal diritto oggettivo ma anche realizzato»[96].

Nel valutare questa affermazione si deve ricordare che la funzione legislativa è per Jellinek, al pari delle altre funzioni dello Stato, solo un momento della formazione della sua volontà: il parlamento, che ne è il luogo di elaborazione, è un organo dello Stato e deve essere collocato giuridicamente all'interno del potere statale (*Staatsgewalt*), che, nella sua unità realizzata dalla *Staatsordnung*, rappresenta la volontà

[95] *Ibidem*, p. 115.

[96] *Ibidem*, p. 67.

dello Stato. Jellinek critica le teorie che, assegnando alla volontà del popolo «un posto più o meno indipendente rispetto alla volontà dello Stato», attribuiscono natura corporativa alla rappresentanza, collocando quest'ultima sostanzialmente al di fuori dello Stato. In verità «l'organo del volere non r a p p r e s e n t a la comunità, come l'incapace di intendere e di volere viene rappresentato da un capace». Esso è la comunità stessa, intesa secondo la sua relazione al fine e non come realtà. «Rappresentato e rappresentante sono due persone diverse»[97]. Per il parlamento vale invece quanto si può dire in generale della rappresentanza: «Dietro il rappresentante vi è sempre un altro, dietro l'organo nulla»[98]. Solo quando si è visto che «non vi è alcuna contraddizione nel concepire lo Stato una volta quale rappresentante ed amministratore dell'interesse generale ed un'altra quale soggetto del potere», allora diventa possibile fare rientrare il parlamento nella organizzazione del potere dello Stato[99].

Ripercorrendo in sintesi tutto quanto siamo venuti sinora dicendo, la complessa costruzione Jellinekiana può ora chiarirsi.

Lo Stato, tutto lo Stato, compreso il parlamento quando è considerato e funziona all'interno del processo di formazione della volontà, non rappresenta, secondo Jellinek, la volontà generale bensì elabora un interesse come interesse comune, che, anche in base al contenuto politico espresso nel parlmento, ma fondamentalmente presente nel funzionamento di tutti i suoi organi, motiva la sua volontà. La volontà dello Stato come *Staatsgewalt* produce cambiamenti nel mondo esterno. Essa, come volontà dello Stato, e non come rappresentanza della volontà generale, amministra l'interesse comune perché – e se – alla base della sua formazione vi è il riferimento ad una connnessione di fini specifica, fisicamente emanante dall'unità del popolo, ma elaborata poi, in virtù

[97] *Ibidem*, pp. 30-31.

[98] *Ibidem*, p. 30.

[99] *Ibidem*, pp. 136 ss.; *Staatslehre*, cit., pp. 552 ss.

del momento artificiale di organizzazione costituito dall'ordinamento giuridico, attraverso diversi livelli di mediazione, fino all'o r d i n a m e n t o d e l l o S t a t o. Questo Stato, amministratore di un interesse promanante da quella connessione di fini, è come conseguenza del processo di costituzione della sua volontà, una p e r s o n a l i t à. Agendo in virtù della sua personalità, che è come dire secondo la sua volontà, per quanto geneticamente segnata dal rapporto con l'interesse comune, e non come rappresentante di una volontà generale, lo Stato si trova di nuovo a confrontarsi, anche quando si presenti come portatore dell' interesse comune, con le personalità non statali, all'interno di una dialettica che abbiamo più volte indicato come tensione fra stato negativo e stato positivo, da risolversi attraverso la serie graduata delle garanzie, tendente in ultima analisi a ricondurre nella forma dell'ordinamento giuridico i processi storici di riconoscimento e di qualificazione degli interessi.

La critica della comune opinione sulla rappresentanza non ne mette in discussione il significato: basterebbe per rendersene conto ricordare quanto rilievo dia Jellinek alle tematiche del diritto elettorale[100]. Piuttosto problematizza il modo giuridico di formazione della volontà. Evitando di identificare i contenuti politici con la f o r m a s t a t o e questa a sua volta con la f o r m a d i r i t t o, Jellinek propone di ricondurre il processo di riconoscimento dell'interesse comune, come «valutazione media» a partire dai contenuti di interesse espressi dall'o p i n i o n e p u b b l i c a, in ultima analisi della società pensata però non come collettivo, bensì come luogo di confronto delle individualità, all'interno della dinamica ordinamentale della compagine statale, in cui il rapporto corretto fra lo Stato e le altre personalità non statali è garantito dalla forma della p u b b l i c i t à g i u r i d i c a[101]. Per Jellinek non si tratta di identificare la «macchina statale», cioè la *Staatsordnung*, che ogni singola

[100] Cfr. G. JELLINEK, *Staatslehre*, pp. 546 ss.; particolarmente p. 572 nel contesto della discussione della dottrina della *Stellvertretung*.

[101] Sopra n. 64 e 82.

personalità può mettere in moto nel suo proprio interesse (fermi restando i criteri di riconoscibilità 'pubblica' dei diritti sostenuti dal sistema graduato delle garanzie), col corpo sociale, né viceversa di identificare la personalità dello Stato con la figura del sovrano comunque espresso (fosse anche il popolo sovrano espresso dal parlamento secondo la topica della rappresentanza)[102]; si tratta di conquistare una visione della storia politica tutta innervata dalla «pubblicità», eliminando il «sovrano» per dare nello stesso tempo più forza allo Stato ed al soggetto, implicati egualmente nella cangiante vicenda storica dell' organizzazione delle forze e degli interessi.

8. *Conclusione: metodo giuridico, storia, critica della ragion statuale*

Con l'analisi sin qui condotta sono in realtà gettate soltanto le basi per la comprensione dell'opera di Jellinek in tutta la sua complessità e nella sua collocazione storica. Ne *La Dottrina generale dello Stato*, il discorso diventa più ampio; alla prospettiva impostata mediante il metodo giuridico che domina il *Sistema*, si affiancano altri tipi di indagine. L'autore si confronta con le altre scienze dello Stato, tenta di definirne il rapporto reciproco. Si avvertono sempre più gli influssi delle tematiche epistemologiche e storiografiche del suo tempo nonché dei dibattiti innescati dalla elaborazione delle «scienze dello spirito» e della logica delle scienze sociali; né manca l'attenzione agli sviluppi della biologia che vengono ripensati in funzione della riflessione scientifico-filosofica ed epistemologica relativa al mondo umano.

Come si è detto in premessa sarebbe necessario un lavoro di ricerca approfondito delle fonti di ispirazione e dei partner intellettuali di Jellinek. Due nomi per tutti: Max Weber non solo per la nozione di tipo ideale, ma anche soprattutto per la tensione fra ordinamento sociologico e ordinamento giuridico e per la questione del *proprium* della statualità, e Wilhelm Wundt, la cui logica viene ampiamente utilizzata.

102 *Ibidem*, pp. 449 ss.

Poiché è impossibile procedere oltre in modo analitico all'interno di questo saggio, ci si deve almeno limitare ad indicare sinteticamente a mo' di conclusione alcuni degli aspetti rispetto ai quali la ricerca sembra promettere maggiori risultati di comprensione e di problematizzazione del pensiero contemporaneo sullo Stato, nonché della storiografia politica che a quello si ricollega.

Il primo è costituito da quello che vorrei indicare come l'«antiindividualismo» di Jellinek. Non ci si stupisca. Jellinek parla continuamente di Individuo; egli indica però con ciò, come si è visto, un'astrazione che non si identifica con l'individuo in quanto singolo. Questi anche dal punto di vista organico risulta essere individuo solo in virtù della relazione ad un fine.

L'antiindividualismo di Jellinek è già chiaro nella elaborazione dell'etica sociale in *Significato storico-sociale di diritto, torto e punizione*. Criticando esplicitamente l'individualismo etico, Jellinek sostiene che nel cosmo sociale ogni azione produce delle conseguenze: di qui l'esigenza che i singoli non agiscano soltanto secondo i propri valori ma secondo valori oggettivo-sociali. L'aspetto più significativo della concezione etica di Jellinek sta nei lineamenti di una teoria dell'azione che fonda in modo analogo etica e diritto, ribaltando l'impostazione kantiana: «l'etica sociale deve porre l'accento sul momento oggettivo, sull'azione che esce nel mondo esterno». Mentre l'etica individualista richiede essenzialmente un certo stato del soggetto, l'etica sociale richiede «un certo stato della totalità che esiste oggettivamente; quella richiede anzitutto un determinato sentimento, questa una determinata azione», con una certa qualità ed un certo contenuto, che realizzi un qualche bene oggettivo.

Dunque sono le condizioni di esistenza e di sviluppo del collettivo a costituire il contenuto del dovere (*Sollen*). La legge morale (*Sittengesetz*) è una necessità condizionata mentre l'etica speculativo-idealistica insegna che proprio la prescrizione morale è assolutamente incondizionata. Il fondamento di questo condizionamento che storicizza i contenuti dell'etica è il volere dell' esistenza della società. Nell'indivi-

duo invece debbono trovarsi quelle forze razionali mediante le quali il momento etico può realizzarsi[103].

In questa affermazione abbiamo un segno di quel rapporto fra realtà pratica e determinazione razionale che segna il *Sistema*. Qui l'antiindividualismo dell'etica sociale è confermato. I valori oggettivo-sociali diventano i valori medi espressi dall'opinione pubblica, individualizzati mediante le pretese dei soggetti e riconosciuti dall'ordinamento, che rappresentano il contenuto materiale di interesse, costitutivo dei diritti pubblici soggettivi nello spazio dell'intersoggettività giuridica, per definizione contrapposto al giuridicamente indifferente, nel quale si trova il singolo. Il giuridicamente indifferente del resto ha ben poco spazio nel sistema, trasfigurato come esso è nella dinamica del riconoscimento alla tutela dello stato negativo. I contenuti individuali dell'interesse sono salvaguardati ma attraverso il rapporto reciproco definito dall'ordinamento giuridico.

Nella *Staatslehre* questo aspetto si ripresenta ad un livello diverso nell'ambito della critica alla nozione corrente di sovranità dello Stato. Riconoscendo come intrinseca al diritto la garanzia, Jellinek nega, però, che necessariamente questa derivi dal volere dello Stato identificato come diritto. Egli ricorre al modello proprio del diritto internazionale per dire che «le garanzie del diritto delle genti, come quelle del diritto pubblico» non poggiano sul volere dello Stato. Ciò non diminuisce il loro valore dal momento che «formalmente il diritto può essere solo dedotto dai rapporti di volontà»: sono atti di volontà quelli che obbligano altri atti di volontà. Con ciò però siamo ancora una volta in uno spazio di intersoggettività giuridica (comprensibile, bisogna aggiungere, all'interno di una teoria dell'azione e delle sue motivazioni)[104], dove l'individuo è elevato a personalità, per sua natura *juris publici*, e

[103] G. JELLINEK, *Socialethische Bedeutung*, cit., pp. 19 ss.

[104] G. JELLINEK, *Staatslehre*, cit., p. 466. Fondamentale diventa per Jellinek il rapporto fra norma e garanzia come costituitivi del diritto. Proprio su questo punto le indicazioni sparse un po' in tutta l'opera sono particolarmente complesse. Da un lato una norma è vigente quando ha la

non è semplicemente l'atomo di una costellazione che spetta alla volontà superiore dello Stato sovrano di regolare. Questa vecchia concezione, che sul piano dei rapporti internazionali si esprime nella credenza della *civitas maxima*, risale, dice Jellinek, «ad un'epoca in cui le rappresentazioni etiche dominanti erano di natura eteronoma». La scoperta kantiana dell'autonomia della morale, egli aggiunge, implica che perfettamente morale sia solo l'azione alla quale noi ci sentiamo obbligati in forza della nostra stessa natura e non in forza di una norma posta da un altro essere[105].

capacità «motivierend zu wirken», dall'altro la garanzia è «motivierende Kraft» delle prescrizioni rafforzata da forze socialpsicologiche (pp. 326-27). Tutto ciò va confrontato con quanto sopra ricordato a proposito della forza normativa del fattuale (n. 61) e sulla differenza fra coercizione e garanzia (n. 82) ricordando che rimane come filo conduttore di tutta l'opera di Jellinek l'idea che di fronte alle forze storiche trasformatrici del diritto, il diritto stesso è impotente (*ibidem*, p. 335); da cui deriva anche la critica al dogma della chiusura del sistema ed alla conseguente identificazione di *Staatsordnung* e *Rechtsordnung* (*ibidem*, pp. 347 ss.; G. JELLINEK, *Gesetz*, cit., p. 297). Il tema della norma ha però anche notevoli implicazioni epistemologiche. In *Significato etico-sociale* Jellinek definiva le «leggi normali» come proprie di ogni organismo il cui agire e le cui modificazioni vengono giudicate in base a determinati criteri. Per la teoria pura non vi sono patologie, egli diceva citando Virchow; esse sono una delle possibilità fenomeniche sotto le quali si può presentare la vita del corpo organizzato; solo un criterio di giudizio le trasforma in malattie (p. 14); nella *Dottrina generale* vi è un sostanziale parallelismo fra la definizione dei 'tipi' e la definizione delle norme. Il tipo ideale è criterio valutativo del dato, non serve a conoscere l'essere ma è proiettato verso il dover-essere, la realizzazione di un qualcosa che ha 'diritto' di esistere in nome della sua bontà (p. 30); il diritto è l'insieme delle norme che devono essere trasformate in azioni e che implicano un giudizio sull'essere (p. 119). I tipi empirici sono invece tipi dell'essere, essi si trasformano spesso in pregiudizi (p. 30); il diritto positivo è scienza dell'essere nella misura in cui è costituito da norme del volere che hanno un potere reale e determinano effetti calcolabili. Tra i tipi empirici e i tipi ideali – si potrebbe dire fra la nórma come motivante il *seinsollen* e la norma attiva nel *sein* dello Stato – vi è un continuo cambio di posizioni nella storia reale, e Jellinek individua nel 'tipo logico' un ideale dell'essere piuttosto che del dover essere (p. 30), che somiglia alla legge normale da cui la riflessione dell'Autore era partita. Insomma l'epistemologia delle scienze normative appare del tutto legata alla realtà del diritto (cfr. *Socialethische Bedeutung*, cit., p. 14), espressione della nuova rivoluzione scientifica contemporanea, come sintesi «formale» di teoria e pratica.

[105] G. JELLINEK, *Staatslehre*, cit., p. 465.

Qui ritorna il richiamo a Kant il cui pensiero, tuttavia, appare piuttosto piegato alle esigenze dimostrative dell'autore che utilizzato nel suo vero significato. Ma quel che più importa notare è che ancora una volta la concettualizzazione ha uno spessore storiografico. Secondo Jellinek, infatti, il concetto stesso di sovranità non poteva nascere se non in un'epoca in cui era avvertito lo scontro fra il potere dello Stato ed altre forze. Durante il Medioevo, a causa della lotta per il potere fra stati, chiesa e impero, la nozione di sovranità si formò come «concetto polemico dapprincipio di natura difensiva, poi offensiva». In seguito, prendendo in considerazione la figura del sovrano secondo la sua condizione giuridica dominante, la teoria politica ne ha elaborato la nozione, ritenendo che quella condizione fosse un attributo essenziale della statualità stessa. Il concetto della sovranità dello Stato, pertanto, non è che una razionalizzazione del diritto positivo. Occorre, contro questa deviazione riconoscere la storicità del concetto stesso di sovranità, quindi la sua non coessenzialità alla realtà dello Stato, il quale invece deve essere visto nella prospettiva giuridica dell'ordinamento come il volere di una personalità delimitata.

Il sovrano di Hobbes, dice Jellinek, ha un potere assoluto; ma anche «il parlamento dotato di potere dispotico di Blackstone e il popolo dotato di potere inalienabile di Rousseau rientrano nella stessa catena di concetti»[106]. Si deve invece sostituire alla concezione della sovranità come carattere costitutivo dello Stato quella di autonomia, che è la capacità di un *Gemeinwesen* di autoorganizzarsi secondo proprie leggi: dove un *Gemeinwesen* riceve la sua *Verfassung* da un'altra potenza non abbiamo uno Stato. Al contrario la sovranità è il potere unico di autodeterminazione che lo Stato ha dal suo proprio ordinamento[107]. La distinzione sarebbe incomprensibile se non si tenesse presente quanto sopra si è detto a proposito della differenza fra ordinamento giuridico dello Stato (come compagine statale in cui la personalità del do-

[106] *Ibidem*, p. 451.

[107] *Ibidem*, p. 478.

minante e le personalità dei dominati si confrontano secondo le regole del diritto) e ordinamento dello Stato (come personalità con una sua propria organizzazione e funzionamento). Infatti Jellinek considera il concetto di sovranità come un concetto ausiliare del diritto, utile per rendere conto del dato di fatto giuridico che tutto ciò che è voluto dallo Stato in forma legittima definitivamente acquista forza giuridica[108]. Ciò però non implica il riconoscimento di una competenza illimitata e illimitabile del potere statale. Il diritto dello Stato rappresenta solo «l'attuale competenza [*Zuständigkeit*] dello Stato. Ciò che lo Stato può acquistare sul cammino dell'ampliamento delle competenze non sta nella sua sfera giuridica». Altrimenti sarebbero annientate le altre personalità perché «ogni potere statale può darsi solo a costo della libertà individuale». Se tutte le possibilità di ampliamento della competenza dello Stato rientrassero nella sfera attuale del suo diritto saremmo tutti schiavi. Invece tutte le personalità hanno i loro diritti in virtù del loro riconoscimento come *Rechtsträger*, come persone: togliere a loro completamente questa qualità è del tutto al di fuori dal reale ambito di potere dello Stato. Anzi per fondare un nuovo diritto (per trasformare cioè l'assetto dell'ordinamento esistente) «è sempre necessario un atto occupatorio»[109].

L'affermazione è rivelatrice dello iato incolmabile che separa la politica, come potere e come forza (come *Gewalt* e come *Macht*), e il diritto come formazione e trasformazione della *Rechtsordnung*. L'utilizzazione rigorosa del metodo giuridico ha la funzione logica di sottolineare questo iato.

La critica della identificazione fra Stato e sovranità, come illimitata competenza sui sudditi, è coerente con la critica della identificazione di coercizione e garanzia, che costitui-

[108] *Ibidem*, pp. 467 ss.

[109] *Ibidem*, p. 469. La nozione di atto occupatorio conserva qui probabilmente tutta la sua pregnanza di concetto tecnico che può essere valutata tenendo presente il discrimine fra il possedere che riguarda i diritti e l'essere che riguarda lo *status* e identifica l'ordinamento dei rapporti giuridici pubblici.

sce il motivo conduttore di tutto il pensiero di Jellinek. Il sistema delle garanzie non dipende dalla volontà dello Stato e non si realizza attraverso il suo potere di coercizione, che non costituisce, peraltro, il *proprium* del diritto. L'avere indicato la coercizione come carattere distintivo del diritto, l'avere identificato la garanzia con la coercizione, l'avere legittimato lo Stato in base a ciò, ha prodotto come risultato anche l'identificazione dell'essenza del potere statale con il monopolio della coercizione, ha portato con sé, per esprimerci con una formula, la legittimazione della ragion di Stato nella forma della «ragione statuale»[110].

A questo trend del pensiero politico-giuridico moderno, riconoscibile anche nella interpretazione della storia politica che ne deriva, Jellinek contrappone la separazione rigorosa del metodo giuridico sia rispetto alla considerazione sociologica dello Stato che rispetto alla sua considerazione politica.

La critica kelseniana della *Zweiseitentheorie*, se qui si può azzardare almeno come fondata ipotesi di lavoro una interpretazione complessiva dell'opera di Jellinek e della sua collocazione nella storia del pensiero sullo Stato e sul diritto, ha distolto l'attenzione da questo triplice livello della riflessione jellinekiana.

Il positivismo della scienza (uso qui la formulazione pregnante di Stolleis) aveva espresso rilevanti prestazioni nella riflessione sul «rechtlicher Zustand», sulla genesi di una «condizione di diritto»; il positivismo della legge nella riflessione su quello che si è soliti indicare come «Stato di diritto». L'uno e l'altro avevano finito coll'identificare lo Stato con il diritto.

Jellinek concentra il suo sguardo sull'azione sociale, ma sostiene dalla sua prospettiva di giurista che non è possibile una teoria dell'azione sociale senza l'utilizzazione costante della categoria del limite (*Begränzung, Beschränkung*), che la

[110] In questo senso mi pare si possa andare anche oltre quanto detto, peraltro giustamente, da M. STOLLEIS, *Geschichte*, cit., p. 452.

storia del pensiero giuridico, da Kant (forse meglio: da Fichte) in poi aveva mostrato essere intrinseco alla definizione del concetto di diritto. Al positivismo della legge e della scienza il metodo giuridico di Jellinek sostituisce un'acuta percezione ed elaborazione dell'agire giuridico, come momento forte e diverso fra l'agire politico (razionale rispetto al sistema Stato) e l'agire sociale (razionale rispetto ai sistemi della società).

Conseguenza della elaborazione strettamente giuridica è l'elaborazione di una categoria del 'pubblico' non più identificato con lo statuale. Questa categoria a sua volta diventa significativa all'interno dell'intera formazione scientifica comprendente le scienze del mondo storico-morale tanto da poter essere utilizzata sul piano della interpretazione storiografica per la storia politica e per la lettura del livello di garanzia implicito nei rapporti internazionali sedimentati ed espressi nell' opinione pubblica[111].

Questo modo di pensare il 'pubblico' e la 'pubblicità' sintetizza il movimento storico dell'organizzazione cosciente dei rapporti, costitutivi della realtà di fatto pratica da risolversi nel livello artificiale della regola, non senza passare per il medium della f o r m a. La tensione verso la forma dei rapporti risulta essere il dato storico di fondo che il metodo giuridico indaga. La formalizzazione, lungi dall'essere l'involucro logico di un sistema di concetti, realizzandosi attraverso la connessione dinamica di pretesa e riconoscimento come categorie dell'agire giuridico pubblico è anche la car-

[111] G. JELLINEK, *Staatslehre*, cit., pp. 92, 99, 116, 455, che andrebbero confrontati con tutto il dibattito su «ragione economica» e «ragione statale» in Hintze, Weber, Sombart, su cui P. SCHIERA, *Otto Hintze*, Napoli 1974, pp. 122 ss. La rilevanza negli sviluppi della storiografia ottcentesca del rapporto fra opinione pubblica e livello internazionale dei rapporti sociali è segnalata dal fatto che riflessioni in tal senso si trovano anche in Leopold VON RANKE, *Die Theorie der öffentlichen Meinung in der Politik*, in «Historisch-politische Zeitschrift», 1, 1832, pp. 482 ss. Quel che in Jellinek appare originale è l'aver ripensato come parte della 'pubblicità' dell'ordinamento giuridico gli elementi di garanzia extrastatuale determinati dalla *Öffentlichkeit* (e dalla *Öffenheit*) internazionale della società.

tina di tornasole degli squilibri: senza la forma non sarebbero identificabili le «lacune», né sarebbe possibile l'incontro fra pratica sociale e azione politico-amministrativa dello Stato. L'«opinione pubblica» deve andare congiunta alla tensione formale della «pubblicità» giuridica. Si costituisce così quella sfera pubblica dentro cui i processi del cambiamento sono regolati e controllabili: diversamente il «sovrano», nelle persone fisiche di chi ne costituisce l'organismo, è destinato ad avere il sopravvento.

Lavoro, cittadinanza, costituzione. Dottrina della società e diritti fondamentali in Germania tra movimento sociale e rivoluzione

di *Maurizio Ricciardi*

Un episodio in particolare può essere assunto come linea di demarcazione tra le precedenti esplosioni di malcontento popolare e la nuova situazione in cui anche in Germania il rapporto di lavoro salariato si avviava a essere centrale per tutta l'organizzazione della società. La rivolta dei tessitori slesiani e boemi del 4 e 5 giugno del 1844 colpì e spaventò l'opinione pubblica, anche liberale, in primo luogo perché smentiva quel «non essere presente del proletariato sulla terra tedesca» (W. Wolff), che veniva esaltato come diversità caratteristica rispetto alla Francia e all'Inghilterra, quindi per il fatto che i rivoltosi, come scrisse la «Leipziger Zeitung» il 10 giugno successivo, non si rivoltarono genericamente contro «il governo o l'amministrazione, ma contro i libri dei debiti dei mercanti e dei fabbricanti»[1]. Sebbene le cause e il significato della rivolta siano da sempre oggetto di interpretazioni diverse, quell'identificazione immediata della controparte nella società ebbe un peso rilevante nella trasformazione del dibattito sul pauperismo in dibattito sulla questione sociale, dal momento che in quella occasione venne colta l'inadeguatezza del tradizionale intervento amministrativo di fronte a un assetto della società in profonda trasformazione. La rivolta dei lavoratori tessili segna peraltro l'inizio di una serie di sollevazioni nelle regioni industrializzate della Renania e della Vestfalia, il cui carattere

[1] Cfr. soprattutto la ricostruzione storica e l'analisi di W. WOLFF, *Das Elend und der Aufruhr in Schlesien* (1845), ora in W. WOLFF, *Aus Schlesien, Preußen und dem Reich. Ausgewählte Schriften*, Berlin 1985, pp. 52-83. Sulla rivolta dei lavoratori tessili della Slesia cfr. inoltre L. KRONEBERG (ed), *Weber-Revolte 1844*, Köln 1978.

più rilevante è che il loro soggetto «fu un tipo di operaio non specializzato» addetto soprattutto alla costruzione delle ferrovie[2].

L'avvio di questa trasformazione strutturale era stato preceduto da una rimessa in discussione dei paradigmi scientifici dominanti, tanto all'interno della giurisprudenza, dominata dalla Scuola storica, quanto all'interno dell'economia politica che, nella critica alla tradizione classica scozzese, vedeva nascere l'indirizzo storico della *Nationalökonomie*. In entrambi i casi le critiche erano eminentemente politiche, provenienti dall'esterno della disciplina strettamente intesa, ed erano mosse dalla consapevolezza che, tanto nel diritto quanto nell'economia, teoria e realtà apparivano vieppiù estranee. In particolare, per quanto concerne la scienza economica, veniva continuamente sottolineato lo iato che stava allargandosi tra l'interpretazione del fattuale e la capacità di metterlo in forma; del sintagma 'economia politica' veniva portato in primo piano il secondo termine, ovvero l'esigenza di produrre politica a partire sia dalla teoria economica sia dall'organizzazione economica della società, perché non era più in quest'ultima che «l'enigma sociale»[3] poteva trovare la sua soluzione.

È nel pieno di questo sforzo compiuto dagli economisti di mestiere che anche Lorenz Stein constata la crisi della *Nationalökonomie* e, sebbene la sua ricostruzione non abbia come interesse primario il rinnovamento di questa specifica ed esausta tradizione dottrinale, essa assegna ai rapporti

[2] Si tratta di 19 rivolte che vanno dall'aprile del 1845 fino al 1848. La più importante, nel luglio del '45, coinvolse 2000 operai nei pressi di Bielefeld; cfr. D. DOWE, *Organisatorische Anfänge der Arbeiterbewegung in der Rheinprovinz und in Westphalen bis zum Sozialistengesetz von 1878*, in J. REULECKE (ed), *Arbeiterbewegung an Rhein und Ruhr*, Wuppertal 1974, pp. 51-80, la cit. è a p. 52.

[3] J. FALLATI, *Zur Verständigung über Begriff und Wesen des Socialismus und des Communismus*, in «Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft», 1847, pp. 290-319. Sul mutamento di paradigma delle scienze sociali e politiche negli anni '40 dell'Ottocento cfr. P. SCHIERA, *Il laboratorio borghese. Scienza e politica nella Germania dell'Ottocento*, Bologna 1987, in particolare pp. 45-76.

economici un ruolo preponderante nella strutturazione di quelli che si sviluppano all'interno della società. Questa posizione steiniana, valida per tutto il decennio e che muterà radicalmente dopo gli eventi rivoluzionari, stabilisce il tratto peculiare delle sue analisi, che restano comunque rivolte alla scoperta della politicità insita nelle costellazioni determinate dall'economia. Non a caso Stein classifica le passate epoche economiche non rispetto alle dottrine che le hanno caratterizzate, ma in relazione al soggetto politico-economico che aveva il dominio sulla ricchezza prodotta: nella prima lo Stato – «la personalità organica del popolo» – funzionava come soggetto attraverso il quale e per il quale ogni ricchezza doveva essere prodotta; nella seconda, inaugurata e dominata da Adam Smith, allo Stato si sostituisce il popolo, tanto come punto di imputazione di ogni calcolo della ricchezza, quanto come nuovo soggetto che su quest'ultima ha potere. Si tratta in realtà di una doppia sostituzione, che si basa in primo luogo sulla grande scoperta smithiana relativa al fondamento della ricchezza, quindi sulla articolazione caratteristica che Stein dà al concetto di popolo. Smith per primo ha raggiunto la conclusione che «ogni valore in genere ha origine attraverso il lavoro» e ha quindi posto il lavoro come misura delle prestazioni sociali.

Stein da parte sua, all'interno di una riflessione che troverà il proprio compimento nel III volume della *Geschichte der sozialen Bewegung*, dichiara superato e sostanzialmente inutilizzabile il concetto di popolo come unità organica di derivazione romantica, sostituendolo con quello di una società divisa in classi[4]. Un elemento accomuna infatti entrambe le fasi e il pensiero economico che le ha caratterizzate, cioè l'operare tramite aggregati il cui dato caratteristico è l'unità – lo Stato e il popolo. Questo è in definitiva anche nel presente il bersaglio polemico contro il quale Stein si rivolge per trovare argomenti contro le dottrine socialiste e comuni-

[4] Sul concetto di popolo in Germania tra il 1840 e l'epoca di Weimar cfr. M. RICCIARDI, *Linee storiche sul concetto di popolo*, in «Annali dell'istituto storico italo-germanico in Trento», XVI, 1990, pp. 303-369, in particolare su Stein pp. 307-312.

ste, accomunate dal sostenere «che la s i n g o l a individualità deve determinare la misura della partecipazione alla totalità»[5] e dal rifiutare il fatto che la redistribuzione avvenga sulla base dell'apporto dei singoli fattori della produzione intesi come aggregati. È nel momento in cui ogni singolo si presenta materialmente sulla scena, rivendicando la sua posizione, che l'economia politica mostra tutta la propria insufficienza.

Il singolo pretende la propria affermazione all'interno di un doppio movimento che, nella sua contraddittorietà, lo spinge all'autoaffermazione attraverso la politica, mentre lo sviluppo industriale gli nega il godimento dei beni della vita. E al problema del singolo si accompagna quello del proletariato, che l'economia politica ugualmente ignora, perché ignora quale sia la causa prima che lo fa essere non tanto un fenomeno economico, quanto un soggetto politico: «perché, nel mondo dei beni, essa non ha allestito alcuno spazio per il suo fondamento, per l'idea della legittimazione della s i n g o l a personalità»[6]. L'epoca che si prepara dovrà dunque avere come fondamento «il benessere materiale dell'individuo» e questo non potrà più essere pensato a partire da o in relazione al tutto, ma dovrà essere affermato anche

[5] L. STEIN, *Der Begriff der Arbeit und die Principien des Arbeitslohnes in ihrem Verhältnisse zum Socialismus und Communismus* (1846), ristampa anastatica, Darmstadt 1974, pp. 63-120, p. 69. Su questa interpretazione della relazione tra hegelismo e comunismo e sulla differenza di quest'ultimo dal socialismo cfr. comunque L. STEIN, *Blicke auf den Socialismus und Communismus in Deutschland und ihre Zukunft* (1844), ristampa anastatica, Darmstadt 1974, pp. 1-61. Al di là della sicura influenza di Hegel sulla dottrina steiniana – sulla quale cfr. comunque le osservazioni di H. MARCUSE, *Ragione e rivoluzione. Hegel e il sorgere della "teoria sociale"*, trad. it. Bologna 1966, soprattutto pp. 413-428 – non sembra estranea alla sua concezione della personalità, uguale noumenicamente ma non necessariamente come fenomeno, la lezione di Kant, che compare con evidenza anche nelle distinzioni che Stein opera tra democrazia pura e sociale, tra repubblica pura e reale, così come queste appaiono nel III volume della *Geschichte der sozialen Bewegung*. Sulla contiguità di Stein con l'idealismo tedesco insiste S. KOSLOWSKI, *Die Geburt des Sozialstaats aus dem Geist des deutschen Idealismus. Person und Gemeinschaft bei Lorenz von Stein*, Weinheim 1989.

[6] L. STEIN, *Der Begriff der Arbeit*, cit., p. 67.

contro il tutto. Questo è un punto di sostanziale rilevanza, perché sul piano della considerazione politica significa la registrazione della rottura del vincolo comunitario e la trasformazione del rapporto tra la logica dei beni e quella dei soggetti che li producono. Mentre infatti i primi vengono pensati come «una totalità indivisibile, dall'altra [parte] la massa degli uomini non [viene pensata] come totalità, come un tutto organico, come p o p o l o, ma al contrario come la moltitudine [*Menge*] dei s i n g o l i i n d i v i d u i nel popolo»[7].

Il percorso di Stein verso il concetto cardine di società e le sue divisioni impone di individuare la genesi del singolo anche come ineludibile soggetto economico-politico della condizione attuale, e quella genesi implica la spiegazione di come il singolo sia allo stesso tempo cittadino in senso politico e in senso sociale. Seguendo la trasformazione concettuale all'interno del suo specifico itinerario storico, il superamento del concetto classico di cittadino ha come necessario punto di partenza il suddito (*Untertan*), la cui personalità appare libera e uguale in ogni singolo, ma che rispetto allo Stato si presenta come oggetto particolare del corpo di cui è parte. Partecipando così alla personalità dello Stato, quindi all'autodeterminazione di quest'ultimo, il suddito è anche cittadino, ma in una forma contraddittoria, per la cui descrizione viene utilizzata l'espressione di «libero suddito» che, se per il vecchio Hobbes era un'assurdità, alla comprensione successiva sarebbe risultata quasi ossimorica. Conformemente al dettato di Rousseau, il libero suddito ubbidisce alla volontà dello Stato perché, essendone parte, la pone come sua propria e l'autodeterminazione individuale coincide con quella dello Stato. Il diritto di cittadinanza è qui «la forma determinata legislativamente», senza che venga indicato alcun fondamento per questo riconoscimento giuridico; non a caso l'unico elemento che viene evidenziato del diritto di cittadinanza è il dovere di partecipare alla realizzazione del concetto nella forma prescritta.

[7] *Ibidem*, p. 69.

Ciò che a questo punto interviene è la scomposizione del corpo dello Stato perché coloro che formano la «massa dei singoli» sono allo stesso tempo sudditi e cittadini; la *Untertanschaft* è il luogo dell'indifferenza della massa rispetto alla determinazione dello Stato e in quanto tale essa può essere solo determinata dalla personalità statale. In un primo tempo, nell'epoca che corrisponde a quella in cui la nobiltà svolgeva il suo compito storico, il prendere parte alla sovranità dello Stato significava assumere un rango ed è quindi «giusto definire come rango solo quello che sopprime l'uguaglianza e dà al rango un contenuto positivo, una reale rappresentanza della personalità dello Stato». Ma questo è anche il momento genetico della società in quanto la divisione in ranghi stabilisce anche la presenza di figure diverse che ora convivono all'interno del corpo dello Stato; questa unità della diversità produce due istanze: «così hanno origine la società statale e la *bürgerliche Gesellschaft*». E in quest'ultima si realizza quello che Stein definisce «il progresso da suddito a cittadino», caratterizzato proprio dalla differenza tra i singoli che partecipano di quel progresso. Essa non è una struttura egualitaria: «condizionando infatti la differente misura dello sviluppo personale una differente partecipazione alla cittadinanza, ha origine la società civile»[8]. Dove le differenze dipendono ancora esclusivamente dalla nascita si hanno i ceti, dove esse dipendono meramente dal singolo si hanno le classi.

In questa sistemazione, organizzata esclusivamente in chiave 'politica', non è ancora risolto il problema di giustificare quelle differenze e quindi di affrontare la questione delle disuguaglianze che esistono all'interno della società civile. Il discorso sulla genesi del singolo in quanto cittadino deve quindi affrontare l'analisi delle concrete relazioni societarie, assumendo consapevolmente i dati di una realtà mutata, e

[8] Si tratta del *Vorlesungsmanuskript «Allgemeine deutsches Staatsrecht»* redatto da Stein per il corso di lezioni del 1843, ora in H. TASCHKE, *Lorenz von Steins nachgelassene staatsrechtliche und rechtsphilosophische Vorlesungsmanuskripte. Zugleich ein Beitrag zu seiner Biographie und zu seinem Persönlichkeitsbegriff*, Heidelberg 1985, pp. 60-61.

riformulando a partire da questa l'assetto scientifico che deve descriverla. Il punto di partenza è tuttavia quasi astrattamente antropologico e astorico; è infatti all'interno del «circolo di bisogno, lavoro e godimento» che si manifesta l'insuperabile divario esistente tra la capacità produttiva del singolo e l'infinita qualità e quantità dei suoi desideri. In primo luogo il lavoro ha quindi una funzione fondamentale che precede la mediazione societaria; esso possiede la valenza antropologica di riempimento di un io altrimenti senza contenuti che solo nell'attività, quindi nella continua compenetrazione e limitazione nel e del mondo trova il proprio compimento. Seguendo Hegel, il lavoro non viene pensato come attività determinata ma come 'evento fondamentale' che informa a sé tutta l'esistenza umana, prima di ogni sua specifica espressione concreta; d'altra parte, e proprio per questa ragione, il lavoro diviene il solo e unico portatore di senso in un mondo che ne sarebbe altrimenti assolutamente privo, al punto che si può affermare che «la dottrina della storia è la dottrina del lavoro della specie umana». Lo stesso godimento non è qui riferito eudemonisticamente ai beni della vita, ma al lavoro stesso che non appare più quale condanna, come nella tradizione cristiana, ma piuttosto come frutto del tentativo di comprendere la categoria filosofica di azione sotto quella psicologica di *Arbeitstrieb*; in altri termini si tratta dell'avvenuta sussunzione del concetto di azione sotto quello di lavoro[9].

[9] Ciò appare nel modo più chiaro in un manoscritto del *Nachlaß*, citato da H. TASCHKE, *Lorenz von Steins Vorlesungsmanuskripte*, cit., p. 242: «L'attività che ha adempiuto al suo compito è l'azione. La successione di azioni coscienti, nella misura in cui un'azione è il fondamento e la conseguenza dell'altra e tutte creano un'unità, è il lavoro. Il mondo umano è perciò riempito con il lavoro; il lavoro riempie l'uomo con il mondo. Senza lavoro egli perisce; lavoro è vita; la terra è la stella del lavoro». Cfr. a questo proposito H. MARCUSE, *Sui fondamenti filosofici del concetto di lavoro nella scienza economica*, trad. it. in H. MARCUSE, *Cultura e società. Saggi di teoria critica 1933-1965*, Torino 1969, pp. 147-187, p. 153; F. DE SANCTIS, *Crisi e scienza. Lorenz Stein – Alle origini della scienza sociale*, Napoli 1976, p. 133; ma soprattutto il paragrafo sulla *Philosophie der Arbeit* in H. NITZSCHKE, *Die Geschichtsphilosophie Lorenz von Steins. Ein Beitrag zur Geistesgeschichte des neunzehnten Jahrhunderts*, München-Berlin 1932.

Attività e limitatezza divengono così le caratteristiche costitutive di un singolo che solamente grazie alla cooperazione impedisce la vittoria della povertà sulla ricchezza: «Infatti solo lavorando *gli uni per gli altri*, tutti i singoli possono colmare la misura dei loro bisogni con la misura dei loro godimenti»[10]. La genesi del singolo coincide dunque con l'affermarsi della dimensione tutta storica del lavoro quale attività fondamentale che permette di giungere a una comunità, in cui l'oggetto elaborato (*das Erarbeitete*) è il momento di mediazione tra ciò che il singolo fa per sé e ciò che compie per gli altri. Alla rivendicazione rivoluzionaria dell'uguaglianza di tutte le personalità viene contrapposta un'uguaglianza che riguarda solo la loro essenza, di modo che per giungere a una reale uguaglianza il singolo debba assumere come sua propria caratteristica fondamentale quello stesso movimento che è stato individuato come caratteristica fondamentale della società. Anche questa diversa uguaglianza fa comunque sì che, lavorando per un bisogno e un godimento determinati, si lavori in realtà per tutti, perché non l'atto determinato, la singola mansione lavorativa, permette la composizione di una *Gemeinschaft*, ma il carattere essenzialmente uguale dei bisogni e dei godimenti.

La comunità è dunque «comunità del lavoro umano» dove trovano mediazione l'universalità del bisogno e del godimento e il lavoro particolare grazie al quale viene soddisfatto un bisogno particolare; è il lavoro che forma l'unità che permette «che uno lavori per molti e per tutti»[11]. In questa comunità, dove la continua scomposizione e ricomposizione del lavoro che caratterizza sul piano reale la divisione del lavoro permette che il lavoro compiuto da un singolo renda superfluo che la stessa mansione venga svolta da un altro, si stabilisce una *Ordnung* del lavoro, nella quale l'oggetto elaborato si presenta come bene (*Gut*) che può universalmente

[10] L. STEIN, *Proletariat und Gesellschaft. Text nach der zweiten Auflage von «Der Sozialismus und Kommunismus des heutigen Frankreichs» (1848)*, hrsg. von M. Hahn, München 1971, p. 25.

[11] *Ibidem*, p. 27.

soddisfare i bisogni umani. Il lavoro e il bene, i due momenti genetici della società, determinano nella loro concatenazione la struttura della società stessa: se nella divisione del lavoro si sviluppa anche una «sotto e sovraordinazione [*Unter- und Oberordnung*] dell'attività superiore e inferiore», ad essa corrisponde anche una «*Ordnung* della distribuzione dei beni umani ... dove la misura e la posizione, nelle quali [il singolo] partecipa al lavoro di tutti, condizionano anche la parte e la misura che egli ha nella distribuzione dei beni umani»[12].

La declinazione della comunità nello spazio intrascendibile della *Ordnung* trasforma ogni singolo in membro (*Glied*), facendolo dipendere dagli altri per la propria individuale determinazione personale. Ma ciò che più importa è la sussunzione di ogni agire intenzionale all'interno dell'unità di lavoro e bene: è questa unità che si presenta di fatto come *Ordnung*, come vigenza di leggi inviolabili tanto dalla volontà dei singoli quanto dall'azione dello Stato. Essa è «una vita autentica che, senza violenza esterna, ordina quei due concetti e il loro rapporto con la personalità»[13]. Ma attorno al lavoro e al bene si dispongono altri concetti di uguale importanza, primo fra tutti quello di diritto, che ha il compito di impedire che quelli che altrimenti sarebbero solo membri indifferenti della *Ordnung* del lavoro si presentino come tali; esso permette cioè che il singolo si presenti come personalità libera e autodeterminantesi nell'ambito particolare che la legge gli preserva. Proteggendo la proprietà privata, il diritto non protegge solamente i frutti del lavoro, ma il lavoro stesso. Infatti esso non permette solo l'autonomia del singolo nella *Ordnung* del lavoro, ma anche l'autonomia del

[12] *Ibidem*, p. 28.

[13] *Ibidem*, p. 29. Sul concetto steiniano di *Ordnung* si veda M. HAHN, *Bürgerlicher Optimismus im Niedergang. Studien zu Lorenz von Stein und Hegel*, München 1969, pp. 92-96. «Un ordinamento [*Ordnung*] in genere è quella condizione di una maggioranza, nella quale ogni individuo trova assegnate la propria posizione e la propria attività nella totalità, in modo che egli come singolo non debba più decidere su ciò che egli vuole essere o fare nella totalità», così L. STEIN, *System der Staatswissenschaft*, II: *Die Gesellschaftslehre* (1856), ristampa Osnabrück 1964, p. 207.

bene prodotto in quanto tale. È dunque sul terreno della produzione che va rintracciata la radice della normatività che permette l'esistenza di un ordine capace di inglobare i singoli. Il diritto, in quanto produzione formale di norme, deve in altri termini fondarsi su una realtà, su una legge fondamentale, che ne determina l'intero assetto. Questa legge, «che domina tutte le altre ... si basa sull'essenza del capitale e del lavoro nella produzione di beni»[14]. Il rapporto di determinazione che Stein postulerà tra le condizioni materiali di esistenza e la produzione giuridica ha la sua radice nel rapporto tra capitale e lavoro.

Solo in questo modo è possibile per Stein la reale affermazione dell'individualità; solo attraverso il diritto si compie il percorso di una individualizzazione che, spezzando l'isolamento del singolo, lo introduce nell'universo di una cooperazione sempre e interamente dominata. La società si presenta quindi non come registrazione di una priorità naturale del singolo, ma come costituzione di nessi che inseriscono il singolo in strutture per definizione cooperative, al punto che si può sostenere che «solo il singolo non è solo». In questo modo è data la possibilità reale della società, intesa come quella

> «forma dell'unità degli uomini ... che sola è capace, e perciò a questo determinata, ad acquisire la massima quantità possibile di beni umani per tutta l'umanità e a distribuirla al singolo»[15].

E si tratta di una capacità esclusiva, poiché «né la comunità municipale, né la chiesa, né lo Stato» possono assolvere a questo compito. La posizione che il singolo si trova attribuita nega dunque che egli possa essere la misura della distribuzione; il raggiungimento di questa soglia permette quindi di distinguere il socialismo dal comunismo, riconoscendo che esso per primo è giunto alla neutralizzazione del concetto di pura personalità, utilizzandone un altro che rimanda all'attività capace di rendere autonoma la personalità. Il so-

[14] L. STEIN, *Proletariat und Gesellschaft*, cit., p. 49.

[15] *Ibidem*, p. 32.

cialismo di fatto riduce l'uguaglianza tra gli uomini a una petizione di principio, facendo determinare e mediare la posizione del singolo nella distribuzione dei beni dall'attività svolta all'interno della produzione, ovvero dal lavoro.

Si è ora in presenza dei tre concetti fondamentali – individuo, personalità, lavoro – attorno ai quali si organizza non solo il tentativo di superare la distanza che separa le dottrine socialiste dalla scienza economica ufficiale, ma anche di comprendere il socialismo e il comunismo come momenti dello sviluppo sociale nel suo complesso. Infatti, se individuo e distribuzione sono i due termini che finora l'economia politica non è riuscita a mettere in relazione, «l'idea della singola personalità e della sua legittimità» fornisce il termine medio, comune a entrambe, che può unificarle. Non può tuttavia trattarsi di un concetto assoluto di personalità: quest'ultima deve accettare di vedere determinata e mediata la propria posizione dal lavoro. E l'individuo emergerà solo grazie e in conseguenza di questo processo, di modo che nemmeno il concetto di individuo possa assolutizzarsi, possa essere cioè determinato esclusivamente a partire dalla totalità dei suoi diritti politici. Solo il comunismo prende infatti le mosse dal puro concetto di personalità, ascritto indifferentemente a ogni individuo, e ciò significa che esso

> «deve riconoscere ogni individuo come immagine di questo concetto, ponendo così necessariamente tutti come uguali ed esigendo perciò con assoluta consequenzialità una uguale distribuzione della massa di beni per il consumo»[16].

Il comunismo in altri termini privilegerebbe quella parte della storia dell'individuo che si è determinata nell'ambito tutto politico dei diritti di libertà e di azione economica che lo Stato gli ha riconosciuto, negando quella divergente dove egli è giunto alla sua piena realizzazione grazie al possesso; e per Stein solo l'insieme delle due storie soddisfa tanto la coscienza dell'essere individuale quanto i suoi bisogni. Questa unità non è tuttavia raggiungibile senza risolvere il pro-

[16] *Ibidem*, p. 32.

blema dell'uguaglianza nelle due forme in cui essa si è manifestata prima e dopo la rivoluzione francese: come uguaglianza negativa, «nell'uguaglianza della sudditanza per tutti», come uguaglianza positiva o della cittadinanza, dopo la soppressione della società per ceti.

L'antica società per ceti che la rivoluzione francese ha spazzato via non era per Stein più pacifica di quella attuale; essa conobbe anzi una guerra continua tra i diversi ceti, in particolare tra la nobiltà e i contadini. «Nel mezzo di quella disgregazione» si mostrò «la potenza dello Stato per sua natura centrale e unitaria» e cioè quella monarchia che Stein vede come specifica creazione tedesca[17]. La rivoluzione francese non rappresenta dunque una rottura storica assoluta perché, proprio sul terreno delle istituzioni, essa mostra un segno di fondamentale continuità. La monarchia, grazie alla sua amministrazione, sottomette i tre ceti oramai dominanti, *Bürger*, ecclesiastici e nobiltà, «e proprio in questa sottomissione tutti i ceti erano uguali». Questa è l'uguaglianza negativa che rende tutti i ceti uguali di fronte al monarca, «ma il significato positivo sta nel fatto che ora le differenze cetuali erano essenzialmente annientate e di conseguenza il privilegiare un ceto particolare di fronte a un altro doveva ora apparire come ingiustizia e arbitrio»[18]. Questa è la dialettica che si instaura tra le azioni dello Stato e le fratture nella società e si deve notare che, per

[17] *Ibidem*, p. 42.

[18] *Ibidem*, p. 43. La monarchia conserverà per Stein, e storicamente ricoprirà sempre più in Germania, questo rapporto privilegiato con la società, avendo, unica, la possibilità di rappresentare come persona la società stessa. «Il 'principio monarchico' è cioè in primo luogo il principio fondamentale, secondo il quale l'astratta personalità dello Stato viene posta come una sua volontà che appare personale grazie alla persona del principe e non nella forma repubblicana di uno Stato o di qualunque rappresentanza popolare e della sua votazione di maggioranza», *ibidem*, p. 175. Solo questa continuità essenziale nel manifestarsi della personalità consente l'omologia di Stato e individuo attraverso la mediazione della persona del principe, grazie al quale l'istituzione statale può assumere i caratteri di autonomia e di volontà propri di una libera personalità.

Stein, sono le prime che producono «un'incalcolabile serie di trasformazioni della s o c i e t à ».

Lo scontro nella società è storicamente anche scontro tra gli Stati che, appena usciti dalla rivoluzione, sono costretti a rivolgersi ai loro popoli per sostenere un nuovo tipo di guerra. Il popolo salva dunque lo Stato, e questo sacrificio rende impossibile perseverare nella vecchia uguaglianza cetuale, meramente negativa, imponendo l'instaurarsi di un nuovo rapporto tra Stato e cittadini, un rapporto positivo di cittadinanza, che fonda contemporaneamente un'uguaglianza positiva. Cittadinanza diviene il concetto cardine della nuova epoca, ma esso ha come suo referente esclusivo lo Stato e quindi non incide sui rapporti dei cittadini tra loro: il fatto che tutti i cittadini siano uguali di fronte allo Stato non significa che siano posti come uguali tra loro, perché la cittadinanza viene acquisita su di un terreno diverso da quello sul quale viene riconosciuta, per questo essa non significa l'uguaglianza attuale di tutte le personalità, ma il riconoscimento che tutte le personalità possono acquisire i diritti di cittadinanza. «L'uguaglianza dei cittadini ... rimanda perciò il singolo a se stesso, lo Stato dei cittadini non dà alcuna cittadinanza al singolo, esso r i c o n o s c e q u e l l a a c q u i s i t a»[19]. Solo le condizioni dell'acquisizione devono essere assolutamente libere, non esteriormente ma interiormente al concetto di personalità, il che significa che tutte le personalità possono liberamente concorrere all'acquisizione della cittadinanza e che la lotta si svilupperà intorno a quelle condizioni. Lo Stato dei cittadini avrà quindi una struttura formalmente aperta alla continua inclusione di coloro i quali riusciranno a farsi riconoscere; d'altro canto questa posizione 'passiva' consente a esso di rimanere per quanto possibile estraneo a una lotta, all'interno della quale è «il movimento del lavoro» ad assumere il ruolo decisivo.

Più precisamente è ciò che il lavoro nel suo movimento produce che diviene imprescindibile, quindi quella grande

[19] *Ibidem*, p. 45.

quantità di beni di utilità generale che divengono decisivi tanto sul piano politico quanto su quello economico. Nel secondo ambito ciò significa che il capitale mobiliare e le sue leggi si avviano a sostituire quello immobiliare; nel primo i beni prodotti si distinguono in due diverse classi: la prima «comprende le condizioni puramente personali della cittadinanza, la piena maggiorità [*Mündigkeit*] spirituale e fisica e l'onorabilità individuale». La seconda riguarda le «condizioni giuridico-patrimoniali della piena cittadinanza»[20]. Sul piano della costruzione della decisione politica una disposizione di questo tipo corrisponde evidentemente a un sistema centrato sul voto censitario, una forma di suffragio della quale, non senza nostalgia, dopo che la rivoluzione di febbraio l'avrà abolita in Francia, Stein dirà che stabiliva una «parete divisoria, che separava nel diritto di cittadinanza le due classi l'una dall'altra»[21]. Al di là del diritto di voto censitario viene però qui riaffermata la superiorità dei beni prodotti sulle persone che hanno contribuito a produrli. Non è infatti la mera quantità di beni che stabilisce la dimensione della cittadinanza ascrivibile a ogni singolo, ma il loro valore economico e quindi politico. Qui si conclude il percorso della categoria di oggetto elaborato che, proprio in quanto lavoro oggettivato, tiene assieme l'oggetto e la persona, facendo del primo il modello del secondo.

«L'oggetto elaborato è per così dire la figura autonomamente divenuta, nella quale si sono realizzati in compendio il desiderio, il bisogno, la conoscenza e l'attività dell'uomo; esso stesso è il concreto cittadino, che è divenuto il portatore dello sviluppo umano; esso è la realtà di questo sviluppo, l'uomo che lavora che appare ed è posto, per così dire, fuori di sé. La filosofia del lavoro ha il suo punto di partenza in questo concetto; a essa spetta il dominio di un territorio, sul quale aveva appena messo piede»[22].

[20] *Ibidem*, p. 46.

[21] [L. STEIN], *Die socialistischen und communistischen Bewegungen seit der dritten französischen Revolution. Anhang zu S.s Socialismus und Communismus des heutigen Frankreichs*, Leipzig-Wien 1848, p. 33.

[22] L. STEIN, *Proletariat und Gesellschaft*, cit., p. 47.

L'oggetto elaborato costituisce dunque il legame sociale che permette alla vita dei singoli di configurarsi come comunità, esso solo è cifra dell'interesse del singolo per la comunità, esso solo lo rende suo membro e quindi cittadino. Il fatto che l'alienazione divenga il principio politico del riconoscimento della cittadinanza non è evidente solo in riferimento al sistema elettorale censitario, ma più in generale si può dire che il riconoscimento del diritto di cittadinanza dipende per la sua ampiezza dal valore dell'oggetto elaborato, ovvero dal valore dei beni dei quali ogni singolo cittadino si è appropriato. Il rapporto tra oggetto elaborato e diritto di cittadinanza non si esaurisce tuttavia nel semplice riconoscimento di un'attività compiuta. Se così fosse il lavoro rimarrebbe come misura fondamentale delle prestazioni societarie e l'unica differenziazione possibile sarebbe quella tra figure del lavoro. L'oggetto elaborato opera ulteriori distinzioni: da un lato esso diviene segno del valore politico relativo del lavoro, dall'altro, sempre più, per il suo immediato essere proprietà di qualcuno, esso costituisce un diritto di cittadinanza fondato non sul lavoro ma sulla proprietà. Il diritto di cittadinanza così concepito non serve solo a riconoscere il possesso – diritto censitario – ma anche a dividere le figure del lavoro, a stratificarle, a costituire un diritto differenziale della cittadinanza del lavoro. I beni economici hanno così un valore non misconoscibile né dal singolo, né dallo Stato: «essi sono la base materiale della vita stessa dello Stato».

L'appropriazione che il diritto di cittadinanza registra e sancisce non si riferisce solo ai beni in quanto tali, ma anche all'attività «della più intima vita personale degli altri» contenuta in ogni singolo bene. Registra quindi sino in fondo i rapporti di proprietà, ponendoli in primo piano e facendo della proprietà «quella potenza ... destinata a dominare in maniera quasi esclusiva i rapporti tra singolo e singolo e perciò con tutti gli altri»[23]. Questa centralità degli assetti proprietari è anche il punto di approdo definitivo nella ri-

[23] *Ibidem*, p. 48.

cerca dei contenuti dell'uguaglianza positiva. Per comprenderne tutta la portata si deve tuttavia ritornare alla rivoluzione francese, per scoprire da un'altra angolazione come sia stato possibile che la storia politica del singolo si sia dovuta sottomettere a quella societaria.

Vi erano in campo due forze: «una voleva l'uguaglianza della società, l'altra voleva il dominio del potere dello Stato attraverso l'uguaglianza che proveniva dalla cittadinanza, l'uguaglianza nel diritto pubblico»[24]. Tra questi due fronti si apre uno scontro il cui esito trova espressione nella *Déclaration des droits de l'homme* del 1789, che Stein individua come «prima legge fondamentale della nuova società» e, allo stesso tempo e proprio per questo, come «nuovo ordine del possesso»[25]. Viene intanto capovolta la valutazione allora corrente, secondo la quale, nascendo da un'imposizione del popolo parigino in rivolta, la *Déclaration* si sarebbe risolta in una *St. Barthélemy des propriétés*. Invece, secondo Stein, essa dà realtà alla centralità della singola personalità e mostra i caratteri generali della nuova società e del suo Stato. A questa doppia realizzazione corrispondono due livelli, quello formale e quello sostanziale, che devono essere pensati distintamente per evidenziarne la necessaria unità. La *Déclaration* evidenzia cioè il fondamento materiale necessario al concetto di libera personalità singola, ma allo stesso tempo si configura come legge fondamentale (*Grundgesetz*), proprio perché non è né un'ordinanza, né una legge, né un criterio di misura, ma «il riconoscimento legislativo di un principio»[26]. È evidente che la sua fonte non è tra quelle usuali per le leggi dello Stato e proprio per questo suo fondarsi sulla compresenza di un'istanza materiale e di una formale, si può dire che essa sia l'archetipo di ogni successiva costituzione. Ciò che qui interessa è tuttavia quella linea di confine che essa rende manifesta tra il potere della società e quello legislativo, perché proprio

[24] *Ibidem*, p. 121.

[25] L. STEIN, *Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage* (1850), 3 voll., ristampa Hildesheim 1959, I, p. 209.

[26] L. STEIN, *Proletariat und Gesellschaft*, cit., p. 126.

qui si pone il problema di una costituzione dell'uguaglianza che valga come principio generale di riferimento e non solamente all'interno dei rapporti intersoggettivi.

Con l'abolizione di ogni differenza di ceto o di corporazione, dei privilegi e di ogni superiorità che non sia quella dei funzionari pubblici, la *Déclaration* produce dunque l'uguaglianza nello Stato a partire da un nuovo ordine fondato sulla proprietà. Il diritto di tutti gli uomini a essere considerati uguali non giunge, come detto, a configurarsi come «legge nel senso abituale del termine»: esso stabilisce solamente il carattere socialmente determinato della *Déclaration*. Ciò significa che a esso non viene riconosciuto alcun valore politico immediato – e qui è anche una delle radici della distinzione steiniana tra politico e sociale – nel senso di essere registrazione di diritti che possono essere immediatamente rivendicati, ma rappresenta solo il fondamento che qualifica questa legge particolare. Questa interpretazione assumerà importanza e diffusione sempre maggiori, soppiantando il riferimento all'uomo anche quando si tratterà di definire i diritti che spettano a ogni individuo. Ora è dunque la società a imporre il suo schema di uguaglianza e di libertà e non più lo Stato 'dei diritti'[27]. D'ora in avanti il discorso può solo rivolgersi al giudizio sulle singole costituzioni concrete che di volta in volta accolgono quel fondamento, perché, pur nella sua estrema importanza, la *Déclaration* «non costituisce nulla», mostrando il proprio carattere «puramente negativo»[28]. In altri termini, non potendo rimanere aperto lo spazio tra il diritto e la legge, il limite potrà essere quello dato dall'eccesso di dominio da parte della società, così come subito avviene con la costituzione del 3 settembre 1791.

> «Essa aveva fondato le proprie leggi solamente sull'idea del ceto borghese, mentre vi era già una terribile classe di proletari, alla quale essa non si rivolgeva; e questo fu il suo errore»[29].

27 «Di fatto la costituzione dello Stato non poteva essere ricondotta all'ordine della società in modo più chiaro e deciso», *ibidem*, p. 128.

28 L. STEIN, *Geschichte der sozialen Bewegung*, cit., I, p. 214.

29 L. STEIN, *Proletariat und Gesellschaft*, cit., p. 132.

Diritti e uguaglianza divengono dunque le due facce del problema che la ridefinizione della scienza economica deve affrontare. Il fatto stesso che questa opera di riformulazione approdi a una nuova scienza complessiva della società dimostra la profondità e l'ampiezza dello sforzo compiuto; ma ciò che qui importa è la chiara enunciazione che in questo modo viene fatta dei nodi che devono essere ora affrontati: vi sono ora due concetti di uguaglianza, che determinano due differenti concezioni dei diritti che i singoli possono vantare sulle cose. Il ricorso al concetto di personalità serve dunque a indicare sia il punto in cui l'economia politica e la dottrina socialista possono fondersi, sia il momento di risoluzione del contrasto tra diritti e uguaglianza. La soluzione del primo problema va ricercata per Stein abbandonando le analisi che si basano esclusivamente su produzione e consumo, costruendo al contrario «la scienza dell'acquisizione e della distribuzione del possesso sulla base della proprietà personale». La proprietà sostituisce ora sia la pura personalità del comunismo – perché i diritti sulle cose non sono più determinati dal mero essere individui – sia l'assoluta centralità del lavoro teorizzata dal socialismo, perché anche la dinamicità dei rapporti che il lavoro, assunto come misura sociale, imporrebbe, viene sovradeterminata dalla proprietà e la personalità, concretamente definita dal suo rapporto con essa, appare come principio di sovradeterminazione del concetto stesso di individuo.

«Poiché ora il possesso è il reale e concreto compimento dell'idea di personalità, la diversa misura in cui il possesso spetta al singolo condiziona necessariamente il rapporto di questo singolo verso tutti gli altri, il diverso sviluppo del singolo per sé, la diversa posizione, forma della vita di tutti reciprocamente»[30].

Qui avviene il rovesciamento rispetto alla rivendicazione socialista, e soprattutto comunista, di una piena considerazione dell'individuo dal lato della uguaglianza assoluta della personalità e quindi sul terreno della distribuzione del prodotto sociale. Stein infatti mettendo in immediata relazione

[30] *Ibidem*, p. 75.

il lavoro e la proprietà, facendo del primo il fondamento della seconda, ricostruisce a partire da questa il valore del singolo. È solo a questo punto che viene organizzata una risposta all'"individualismo proletario'. Ora il valore dell'individuo ha trovato una sua unità di misura. Egli può essere immesso nell'organizzazione della produzione e della distribuzione senza che la sua presenza sconvolga le 'leggi naturali' della società capitalistica. Questo è anche il motivo fondamentale della valutazione positiva che Stein dà della Dichiarazione dei diritti dell'uomo; essa ha valore solo per la registrazione della centralità che ha assunto l'individualismo proprietario; questo è anche il motivo della sua immediata trasposizione sul terreno costituzionale, poiché l'individualismo proprietario rende inattuale il riferimento generico all'uomo e quindi ai suoi diritti: l'unico riferimento possibile è a diritti fondamentali (*Grundrechte*) che manifestino immediatamente il loro essere saldamente ancorati all'ordinamento giuridico. Questo, come ora si vedrà, sarà anche l'esito che storicamente incontrerà il dibattito sui diritti all'interno della *Paulskirche*.

Il valore assegnato da Stein alla *Déclaration* si fonda in ultima analisi sul riconoscimento delle sue potenzialità per chiudere la forbice tra diritto privato e diritto pubblico, ovvero tra la dimensione orizzontale che regola i rapporti dei singoli tra di loro e quella verticale che regola i rapporti tra lo Stato e i suoi cittadini. Questa «azione del pensiero realmente rivoluzionario»[31] viene costretta all'interno del rapporto che nell'ottocento collega l'avvenimento rivoluzionario e l'esperienza che da esso prende origine: al potere costituente viene riconosciuta piena vigenza solo nel momento in cui si presenta come diritto costituito. La *Déclaration*, con il suo modello finalmente affermato di individualismo proprietario, colma l'assenza di un reale diritto privato che in Germania era dovuta, secondo Stein, alla dottrina giuridica della Scuola storica[32]. In realtà essa non si presenta perciò

[31] *Ibidem*, p. 126.

[32] Cfr. M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano 1979, pp. 73-93.

come momento originario dell'ordinamento giuridico della *bürgerliche Gesellschaft*, ma deve scontare tutta la propria sussidiarietà rispetto al diritto privato che rimane la vera normazione fondamentale e ineliminabile della società civile borghese[33]. I *Grundrechte* permettono che si compia definitivamente il passaggio dallo *status* individuale alla persona come titolare fungibile di diritti soggettivi, primo fra tutti la capacità contrattuale, con la conseguenza che la sfera dei diritti individuali non viene limitata a priori ma solo in corrispondenza di altri diritti. A sua volta è proprio grazie a questo riconoscimento del diritto fondamentale a stipulare contratti che il diritto privato diviene definitivamente il modello sociale della *bürgerliche Gesellschaft* e, se formalmente ciò che viene limitato è l'intervento dello Stato nella sfera individuale, materialmente è il diritto privato ad avere la preminenza.

Nella storia costituzionale tedesca del secolo scorso il percorso esplicito dei diritti fondamentali è compreso tra le formulazioni diversamente caratterizzate del *Vormärz*, la loro presenza all'interno del ciclo rivoluzionario e la definitiva abolizione avvenuta in forza di un *Bundesabschluß* del 23 agosto 1851, che non si preoccupava solo di abolirli in tutto il territorio federale, ma ne dichiarava anche la nullità facendo riferimento alla procedura della loro introduzione[34]. Men-

[33] Cfr. a questo proposito i saggi contenuti in D. GRIMM, *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, Frankfurt a.M. 1987, il quale sostiene a p. 94 che i diritti fondamentali «concedono all'ordinamento borghese prodotto nel semplice diritto la garanzia aggiuntiva che lo Stato non li imporrà solo di fronte ai privati, ma li rispetterà anch'esso».

[34] Si è parlato di percorso esplicito perché, come affermerà Georg Jellinek nel 1895, molti dei diritti sanciti durante la rivoluzione «sono oggi assunti quasi letteralmente nel diritto vigente del *Reich*», cfr. G. JELLINEK, *Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte*, ora in R. SCHNUR (ed), *Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte*, Darmstadt 1964, pp. 1-77, p. 3; vi fu quindi anche un percorso implicito dei *Grundrechte*, tutto interno all'attività legislativa positiva, che evitava così il problema dell'origine rivoluzionaria dei diritti stessi. Sullo sviluppo tedesco della tematica dei diritti fondamentali cfr. anche U. SCHEUNER, *Die rechtliche Tragweite der Grundrechte in der deutschen Verfassungsentwicklung des 19. Jahrhunderts*, in *Festschrift für E.R. Huber zum 70. Geburtstag*, Göt-

tre la discussione sulla costituzione termina solo nel marzo del 1849, i *Grundrechte* vengono infatti promulgati il 27 dicembre 1848, grazie a una legge di introduzione che pretende di farne un vincolo assoluto per il *Reich* e quindi per i suoi territori. Il fatto che l'abrogazione alluda all'imperfezione dell'atto è significativo, perché dimostra l'ormai avvenuta affermazione di una legittimità basata essenzialmente sulla legalità dell'ordinamento e quindi, in materia di diritti fondamentali, della costituzione, nel quadro della quale essi si inscrivono. Il carattere assoluto dei diritti fondamentali, non in relazione a un'antropologia politica di impronta umanistica o comunitaristica, ma all'ordinamento giuridico nel suo complesso, diverrà il loro tratto caratterizzante nella rivoluzione, come già appare dall'affermarsi della denominazione di *Grundrechte* a scapito di altre, che pure erano correnti prima e anche durante la rivoluzione, come diritti dell'uomo (*Menschenrechte*), diritti originari (*Urrechte*), diritti del cittadino (*Bürgerrechte*) e diritti del popolo (*Volksrechte*), come vengono ancora definiti nel manifesto programmatico del partito democratico. A questo riguardo è pure significativo che il giurista Georg Beseler, una delle figure più rappresentative dell'intera assemblea francofortese come pure del Comitato costituzionale incaricato di elaborare il progetto di *Grundrechte*, si opponga a far precedere la costituzione da una dichiarazione dei diritti dell'uomo, sostenendo che nelle rivoluzioni americana e francese essa aveva avuto il significato di una «rottura con la vecchia feudalità. Ora quelle idee sono patrimonio comune di tutti i popoli colti; ora, iniziare con tali dichiarazioni significherebbe essere dottrinari, non gioverebbe a nulla»[35].

tingen 1973, pp. 139-165, come pure i saggi contenuti in G. BIRTSCH (ed), *Grund- und Freiheitsrechte im Wandel von Gesellschaft und Geschichte. Beiträge zur Geschichte der Grund- und Freiheitsrechte vom Ausgang des Mittelalters bis zur Revolution von 1848*, Göttingen 1981.

[35] G. DROYSEN (ed), *Die Verhandlungen des Verfassungs-Ausschusses der deutschen Nationalversammlung*, erster Teil, Leipzig 1849, p. 4 [d'ora in poi citato come DROYSEN seguito dal numero di pagina].

La prima preoccupazione dell'assemblea costituente, riunitasi nella *Paulskirche* di Francoforte sul Meno il 18 maggio, è la formulazione di un catalogo di diritti fondamentali del popolo tedesco. Si sono già sottolineati i caratteri formali che essi assumeranno; si deve ora evidenziare che anche il motivo della loro priorità non va ricercato in qualche ripresa ideale della rivoluzione francese, quanto piuttosto nella situazione specifica che gli avvenimenti rivoluzionari avevano imposto in Germania. È ancora Beseler che, presentando all'assemblea plenaria la prima stesura dei *Grundrechte*, esprime le motivazioni essenziali che avevano portato a stabilire la loro priorità anche di fronte ad altre richieste fortemente sentite.

«Abbiamo ritenuto necessario che venga da qui pronunciata una parola, con la quale noi segniamo i limiti oltre i quali il grande movimento sociale che ha scosso tutta la Germania non possa essere condotto»[36].

I diritti fondamentali del popolo tedesco rappresentano il pilastro centrale dell'opera di costituzionalizzazione dello scontro politico, non solo nel senso che devono stabilirne i confini, per così dire esterni, ma anche perché – e questa è l'altra motivazione dichiarata – essi devono porre uno spazio interno, neutralizzato, nel quale lo scontro non abbia conseguenze fondamentali. Sull'argomento non sono quindi previste grandi differenze di vedute; entrambe le previsioni si rivelano poco realistiche, sia perché, oltre al grande movimento sociale, altre questioni si imposero all'attenzione del-

[36] F. WIGARD (ed), *Stenographischer Bericht über die Verhandlungen der deutschen constituirenden Nationalversammlung zu Frankfurt am Main*, 9 voll., Leipzig 1848-49, I, p. 700 [d'ora in poi citato come WIGARD seguito dal volume e dal numero di pagina]. Anche R. HAYM, *Die Deutsche Nationalversammlung bis zu den Septemberereignissen*, Frankfurt a.M. 1848, p. 48, parlando delle pretese contenute nei *Grundrechte* scrive: «Per quietare la rivoluzione, quale mezzo più adeguato vi era se non appagare le sue richieste più generali e inequivocabili?». Ma sulla discussione sui *Grundrechte* nella *Paulskirche* cfr. anche l'introduzione di G. VALERA a T. MOMMSEN, *I diritti fondamentali del popolo tedesco*, trad. it., Bologna 1994.

l'assemblea, soprattutto quella dell'unità nazionale; sia perché il terreno si mostrò molto più accidentato di quanto preventivato; sia infine perché il rapporto tra l'assemblea costituente e la rivoluzione incontrò da subito momenti di grande difficoltà fino alla rottura.

In una rivoluzione, che per decenni è stata considerata come eminentemente borghese e per questo è stata a lungo giudicata soprattutto come fallimento all'interno del cammino dell'autoaffermazione della borghesia come ceto generale nella società, anche la presenza del movimento operaio, la sua compattezza, le sue motivazioni, i suoi orientamenti, il suo peso specifico sono tra gli argomenti storiograficamente più controversi[37]. Indipendentemente dalla presenza numerica, il peso politico esercitato sulla rivoluzione da artigiani e *Arbeiter* ebbe comunque un profondo effetto sugli strati borghesi. Dalla cronaca del giovane Rudolf Gneist sugli avvenimenti berlinesi di marzo emerge la stretta dipendenza tra due aspetti della crisi rivoluzionaria: da un lato viene evidenziata l'incapacità della compagine statale di rispondere alle richieste provenienti dai vari ceti della società, al punto che lo Stato appare come l'unico e vero ostacolo alla soddisfazione dei bisogni. Dall'altro sono comunque le richieste operaie e artigiane a essere percepite come motore dell'accelerazione della crisi dello Stato e questo a causa di comportamenti che, prendendo le mosse dal piano genericamente economico, giungono a determinare quello specificamente politico[38]. Inoltre, è proprio durante la rivoluzione

[37] Cfr. W. SCHIEDER, *Die Rolle der deutschen Arbeiter in der Revolution von 1848/49*, in D. LANGEWIESCHE (ed), *Die deutsche Revolution von 1848/49*, Darmstadt 1983, pp. 322-340.

[38] R. GNEIST, *Berliner Zustände. Politische Skizzen aus der Zeit vom 18. März 1848 bis 18. März 1849*, Berlin 1849, p. 84 e p. 89. Cfr. comunque sulle cifre e la presenza politica dei diversi strati di lavoratori nella Germania rivoluzionaria W. CONZE, *Vom 'Pöbel' zum 'Proletariat'. Sozialgeschichtliche Voraussetzungen für den Sozialismus in Deutschland*, ora in H.-U. WEHLER (ed), *Moderne deutsche Sozialgeschichte*, Köln 1976[5], pp. 111-136; I. CERVELLI, *La Germania dell'Ottocento. Un caso di modernizzazione conservatrice*, Roma 1988, in particolare il cap. su «Artigianato e libertà di mestiere».

che i garzoni dipendenti dai maestri delle corporazioni iniziano a definire se stessi genericamente come *Arbeiter*, rifiutando così le distinzioni professionali, puntando all'unità con il proletariato extracetuale e rivendicando un'uguaglianza di fatto contro le restrizioni alla libertà di movimento e persino di matrimonio che ancora gravavano sulla loro condizione[39].

Nel corso della rivoluzione il problema-lavoro assume due determinazioni: quella di organizzazione del lavoro e quella di diritto al lavoro che, sebbene non in modo assoluto, sono entrambe progetti politici e parole d'ordine di soggetti specifici, vale a dire degli artigiani – soprattutto grazie alle analisi di Karl Georg Winkelblech [Karl Marlo], il loro esponente di maggior spicco –, degli operai di fabbrica e dei garzoni. La peculiare prospettiva politica ed economica del movimento artigiano è già data dal fatto che i maestri artigiani, secondo il costume delle vecchie corporazioni, pretendono di rappresentare i garzoni pur negando loro il diritto di parola[40]. Inoltre essi considerano come antitetiche la libertà di mestiere e la protezione dell'agire economico[41], schierandosi perciò decisamente per la seconda, perché vedono nella prima la causa non solo della loro decadenza, ma anche di quella dei garzoni. Decadenza significa qui non solo impossibilità strettamente economica di presentarsi com-

[39] F. BALSER, *Sozialdemokratie 1848/49-1963. Die erste deutsche Arbeiterorganisation «Allgemeine deutsche Arbeiterverbrüdung» nach der Revolution*, Stuttgart 1962, I, pp. 47-55.

[40] Cfr. il verbale della seduta del 19 luglio 1848 nelle *Verhandlungen der ersten deutschen Handwerk- und Gewerbe-Congresses gehalten zu Frankfurt a.M. von 14. Juli bis 18. August 1848*, ora in D. DOWE-T. OFFERMANN (edd), *Deutsche Handwerker und Arbeiterkongresse 1848-1852. Protokollen und Materialen*, Berlin-Bonn 1983, p. 60.

[41] «... ob Gewerbefreiheit, ob Gewerbeschutz» suona infatti l'invocazione che apre lo *Entwurf einer allgemeinen Handwerker- und Gewerbe-Ordnung für Deutschland. Berathen und beschlossen von den deutschen Handwerker- und Gewerbe-Congress zu Frankfurt am Main in den Monaten Juli und August 1848*, in D. DOWE-T. OFFERMANN (edd), *Deutsche Handwerker und Arbeiterkongresse*, cit., pp. 178-197.

petitivamente sul mercato, ma anche di condurre una vita eticamente e moralmente adeguata. L'argomento per rifiutare la libertà di mestiere ha come fondamento la critica dell'individualismo, perché quella libertà ha prodotto due diverse figure che hanno rotto l'assetto corporato della società per ceti. Intanto essa si è risolta in una «tirannia del singolo, del capitalista, contro la massa ... e procura al singolo ciò che viene tolto alla totalità di coloro che ne hanno diritto [*Berechtigte*]».

L'individuo proprietario è dunque colui che si appropria illegittimamente di ciò che spetta a una totalità già organizzata secondo diritti che ne stabiliscono la struttura interna. D'altra parte anche il proletario, il polo opposto da esorcizzare, rappresenta un singolo estraneo all'assetto precedente che, negando la tenuta dell'assetto complessivo, ne nega anche l'eticità presentandosi sul mercato del lavoro come formalmente libero. La proposta dei maestri artigiani di organizzare il lavoro, imperniata sulla restaurazione dell'obbligo corporativo, rappresenta quindi il tentativo di riprendere nella società quella centralità politica ora in declino, ma che il liberalismo soprattutto tedesco-meridionale aveva ampiamente riconosciuto.

'Organizzazione del lavoro', parola d'ordine di derivazione e importazione notoriamente francese, compare già prima della rivoluzione, ma è nella sistemazione datale da Winkelblech che essa diviene l'esemplare espressione del 'pensiero artigiano', come tentativo di organizzare, non tanto il lavoro, quanto la società come complesso. Si è di fronte a un pensiero che appare inizialmente schiettamente liberale, tutto teso cioè a limitare l'azione dello Stato nel momento in cui esso è investito da richieste di ceti diversi da quelli tradizionali, ma che lo assume ancora di più come centro d'analisi nel momento in cui esso diviene un terreno centrale di scontro per decidere del potere sull'amministrazione. Il sociale non è qui colto come spazio di un movimento che contraddice quello generale della società, ma come la qualificazione che possono assumere la generale convivenza umana e i rapporti che non si «riferiscono all'esercizio del potere dello

Stato»[42]. Nel concetto di società il riferimento alla statualità trova invece una sua collocazione già nella definizione ed è per questo che la società ha «un lato politico e uno sociale» e il singolo si trova diversamente dislocato a seconda che partecipi alla costruzione delle decisioni politiche o si occupi dei suoi propri interessi. Il modello omologico tra l'organizzazione artigiana della produzione e la società come complesso mostra ora la sua insufficienza proprio a causa dello specificarsi del sociale, che deve essere quindi inglobato e divenire un presupposto concettuale della società.

Il campo di tensione ha comunque tre poli: il sociale – che è il luogo di un'autonomia immediatamente negata dal carattere stesso dei rapporti societari –, la società – come luogo in cui sociale e politico trovano la propria unità – e la sfera della regolamentazione politica e amministrativa che sempre meno appare come luogo dove è possibile ricostituire l'originario ordine infranto, ma si mostra sempre più in grado di influenzare e organizzare i rapporti precedenti. Come già le richieste formulate durante la rivoluzione dai maestri artigiani, anche le critiche di Winkelblech non vanno esclusivamente nel senso della negazione dei rapporti mercantili, quanto piuttosto si muovono in direzione di una loro istituzionalizzazione. La critica degli intellettuali smithiani, ai quali viene imputata l'irruzione della *Gewerbefreiheit*, ha il compito di impostare la questione sociale in termini fortemente giuridici e amministrativi, perché solo grazie al diritto può essere rinvenuta un'eticità pratica. Ricorrendo a Savigny, viene affermato che il diritto positivo deve corrispondere a quello originario; può essere così riqualificata la distinzione tra rivoluzione politica e sociale, dato che la seconda punta a modificare direttamente e violentemente le «condizioni di vita di tutti membri della società», cioè essa muta i rapporti

[42] W.E. WINKELBLECH [K. MARLO], *Untersuchungen über die Organisation der Arbeit oder System der Weltökonomie*, Kassel 1850, I, t. I, p. 5. Cfr. anche E. PANKOKE, *Die Arbeitsfrage. Arbeitsmoral, Beschäftigungskrisen und Wohlfahrtspolitik im Industriezeitalter*, Frankfurt a.M. 1990, pp. 77-90.

giuridici senza che vi sia possibilità di risarcimento[43]. Al contrario è «la procedura riformatrice» che tende sempre a conformare il diritto positivo con la coscienza giuridica, ovvero con i diritti consolidati, avvenendo cioè «con l'assenso dei portatori di diritti»[44]. Grazie a questo assetto, che valorizza i diritti acquisiti contro quelli emergenti, viene anche chiuso lo spazio tra sociale e societario, approdando a una nozione di ordinamento sociale che viene fatto valere come prioritario rispetto a quello politico e come fondamento nella distribuzione dei mezzi materiali e dei valori normativi.

La distanza politica che separa maestri e *Arbeiter* è data soprattutto dagli opposti giudizi sul tradizionale assetto corporativo e sull'industrialismo. La prima uscita pubblica dei garzoni avviene proprio per contrapporsi alle decisioni del congresso dei maestri artigiani che, come già detto, oltre a ergersi a rappresentanti generali di tutto il mondo artigiano finiscono, attraverso la riproposizione delle corporazioni, per negare quella che è una delle questioni centrali di tutto il biennio rivoluzionario: la questione della libertà di movimento e quindi di lavoro, come pretesa di una piena cittadinanza politica. Il manifesto che chiude l'*Arbeiter-Congress*, tenutosi a Berlino dal 23 agosto al 3 settembre 1848, le cui linee fondamentali saranno poi riprese e sviluppate da Stephan Born in una serie di articoli, indica la portata di quella rivendicazione come momento di affermazione della visibilità politica dei lavoratori. Il problema del diritto al lavoro, superando la questione della libertà di mestiere, pone così direttamente la questione di una parte della società che in quanto tale pretende di essere assunta all'interno della costituzione, ricorrendo all'amministrazione. Questa politicizzazione dello scontro significa anche dichiarare chiusa la discussione sulla questione sociale così come essa si era prevalentemente sviluppata fino ad allora, tra richieste di libero

[43] W.E. WINKELBLECH, *Untersuchungen über die Organisation der Arbeit*, cit., p. 228.

[44] *Ibidem*, p. 231.

scambio, protezionismo doganale e proposte di filantropia sociale.

L'annuncio che «la questione sociale è una questione di partito», perché quello che fino ad allora era stato l'oggetto passivo della questione vuole affermare «il terreno storico nella trattazione della questione sociale» e «portare alla conoscenza l'espressione di una violenta lotta di classe nella società», significa che la *Verbrüderung* accetta il terreno della costituzione, complicando tuttavia il quadro del semplice riconoscimento liberale dei diritti e della sovranità del mercato. Il manifesto denuncia che all'interno della discussione sui *Grundrechte* la questione sociale non ha avuto una trattazione adeguata, facendo sì che gli *Arbeiter* non siano politicamente visibili e quindi cittadini, perché per lo Stato solo il possesso ha una sua visibilità e viene per questo considerato come qualcosa di permanente che merita di essere organizzato. Ancora una volta torna come punto critico della presenza politica dei lavoratori il loro essere considerati come «una dispersa moltitudine di uomini» per la quale non è possibile agire per via legislativa, né difenderne i diritti. Affermare che anche i lavoratori sono possessori, possessori del proprio lavoro, e che non sono in realtà individualmente dispersi nell'attuale organizzazione del lavoro, ma uniti nell'associazione del lavoro[45], significa quindi abbandonare il terreno di rivendicazione dell'assoluta uguaglianza tra tutti

[45] Le citazioni sono tratte dal manifesto, datato 2.9.1848, redatto dallo *Arbeiter-Kongress* tenutosi a Berlino dal 23 agosto al 3 settembre 1848; esso è indirizzato all'Assemblea costituente di Francoforte ed è riprodotto in K. OBERMANN (ed), *Flugblätter der Revolution. Eine Flugblattsammlung zur Geschichte der Revolution von 1848/49 in Deutschland*, Berlin 1970, pp. 170-173. Esso termina peraltro con l'assicurazione che i lavoratori sono «per natura i sostenitori della pace e dell'ordine» e con l'ammonimento che, se non ascoltati, essi dovranno «sotto la potenza dell'oscura necessità dai più caldi amici dell'ordine esistente [trasformarsi] nei suoi più acerrimi nemici». Le stesse argomentazioni sono riprese in S. BORN, *Die sociale Frage*, pubblicato in «Die Verbrüderung» a partire dal 3 ottobre 1848.

gli uomini, ricercando un momento di visibile identificazione che tra i modelli presenti può essere dato, steinianamente, solo dal possesso. Che ancora esista una contraddizione tra la libertà oggettiva dell'impresa e quella del singolo è chiarito da un progetto inviato al Comitato economico che, partendo dalla richiesta di istituzione di un'autorità centrale e di una «legge sulla libertà di mestiere, la protezione e l'assicurazione del lavoro», riconosce la libertà in generale, quella dell'impresa e del traffico, esigendo tuttavia che questa «non oltrepassi la libertà del singolo, e che perciò al garzone e all'operaio debba essere riconosciuto il diritto di voto e la capacità elettorale come ai rimanenti cittadini nel senso pieno del termine»[46].

Si tratta in definitiva di un progetto che punta consapevolmente a muoversi sul terreno della mediazione costituzionale e che rappresenta il punto di arrivo di un percorso che nei mesi precedenti altri congressi avevano elaborato con sempre maggiore precisione. Già l'*Allgemeiner deutscher Gesellen- bzw. Arbeiter-Kongreß* aveva richiesto che le decisioni da esso prese fossero vincolanti in materia di questione sociale per l'assemblea costituente e che quest'ultima si aprisse a una «discussione comunitaria» con il congresso stesso. Questa rivendicazione di centralità politica esprime allo stesso tempo la consapevolezza della propria autonomia nei confronti dei maestri artigiani, verso i quali, facendo proprio il linguaggio dei diritti fondamentali, viene formulata la già menzionata critica di essersi rivolti contro

> «il più importante di tutti i diritti fondamentali del popolo tedesco che l'assemblea costituente deve sbrigare, contro il diritto alla libertà di movimento, affinché ogni tedesco abbia il diritto di cercare il suo sostentamento là dove esso gli si offre».

[46] *Entwurf zu den Vorlagen für den volkswirtschaftlichen Ausschuß der Hohen National-Versammlung zu Frankfurt, bearbeitet von den Mitgliedern des Gesellen-Congresses zu Frankfurt am Main 3.8.1848*, in D. DOWE-T. OFFERMANN (edd), *Deutsche Handwerker und Arbeiterkongresse*, cit., pp. 203-209.

Esistono chiaramente due modi di intendere l'organizzazione del lavoro: il primo, segnato dall'idea di società che può essere ascritto al mondo dei maestri artigiani, il secondo, generalmente collegato con il diritto al lavoro, che mostra la sua origine, per così dire, francese e rivoluzionaria.

L'*Allgemeiner deutscher Arbeiter-Congress* critica con asprezza le corporazioni in quanto portatrici di ineguaglianza, istituti che puntano al monopolio della forza-lavoro e che ostacolano lo stesso sviluppo economico in forza della loro particolare situazione giuridica. Le corporazioni, alle quali viene peraltro riconosciuta la capacità di controllare e di garantire la continuità della vita economica, grazie alla loro funzione anticiclica e di redistribuzione, non sono comunque il problema principale del congresso operaio, dato che il lavoro libero non ha poi migliorato così radicalmente le condizioni materiali di coloro che erano soggetti alla «coazione corporativa». Al centro dell'attenzione non è dunque l'organizzazione del lavoro, quanto piuttosto la produzione di un'iniziativa politica che si rivolge al piano costituzionale nel suo senso più ampio, grazie a un programma che prevede la riorganizzazione complessiva delle banche, della scuola e dei lavori pubblici, come pure la ridefinizione delle corporazioni, in modo da rendere «possibile la libertà di movimento e l'abolizione delle concessioni». La richiesta fondamentale è tuttavia che «nella legge fondamentale del *Reich* [venga data] alla Germania non solo una costituzione politica, ma anche una s o c i a l e». Questa richiesta, escludendo tutti i diritti particolari, è appunto il primo tentativo degli *Arbeiter* di rendersi visibili come soggetti di una parte determinata della società sebbene, proprio per la contemporanea autolimitazione nel sociale, essa rappresenti anche la rinuncia a ogni ruolo specificamente politico. Sul terreno delle istituzioni le decisioni finali del congresso prevedono infatti la creazione di una «camera sociale», eletta con una rappresentanza professionale e cetuale, con il compito di discutere la legislazione sociale che dovrà essere poi sottoposta all'approvazione della «camera politica». Viene così esplicitamente sancita la «divisione degli affari politici e sociali in privati e

pubblici e la trasmissione degli ultimi a un ministero sociale da costituire»[47].

Questi assetti del discorso e le pretese che ne derivano agiscono inevitabilmente sulle discussioni dell'assemblea francofortese, anche perché in continuazione vengono inviate petizioni per ottenere i più svariati riconoscimenti di diritti, in coincidenza di situazioni anche prettamente locali[48]. Inevitabilmente queste richieste hanno un effetto, se non sulla formulazione finale, almeno sulla discussione, perché, come si è già accennato, la stessa presentazione all'assemblea plenaria del catalogo dei diritti fondamentali rappresenta innanzitutto il tentativo di dare una risposta alle richieste operaie e artigiane, cercando di inglobarle all'interno dell'opera di riforma dello Stato. Questi due aspetti, la risposta al movimento sociale e la costituzione di uno Stato tedesco, che sono peraltro i due versanti tra i quali oscilla continuamente il dibattito, non giungono mai a coniugarsi in modo reale, sia perché buona parte dell'assemblea considera prioritario raggiungere il secondo scopo, sia perché l'affrontare il problema della costituzione sociale ed economica della Germania sconta fino in fondo la differenza di vedute che caratterizza le diverse frazioni della costituente. Lo stesso problema sociale non viene immediatamente posto con chiarezza all'ordine del giorno, ma ben presto esso raggiunge una dimensione ineludibile, al punto che il 31 maggio 1848 viene votata l'istituzione di una commissione – il futuro Comitato economico – che deve trattare «la questione operaia e tutto ciò che sta con essa in relazione, cioè le mozioni relative ai rapporti commerciali e industriali»[49].

[47] Si tratta dei *Beschlüße des allgemeinen deutschen Arbeitercongresses zu Frankfurt am Main*, in D. DOWE-T. OFFERMANN (edd), *Deutsche Handwerker und Arbeiterkongresse*, cit., pp. 210-217.

[48] Dal maggio 1848 al giugno 1849 l'assemblea riceve 9.139 petizioni, senza contare quelle giunte direttamente al Comitato economico e ai singoli deputati; cfr. K.-G. SCHIRRMEISTER, *Menschenrechte in den Petitionen an die deutsche Nationalversammlung 1848/49*, Phil. Diss. Mainz 1970, in particolare pp. 132-151 sulle petizioni aventi come oggetto la libertà o la protezione del lavoro.

[49] WIGARD, I, p. 71.

La divaricazione, se non la confusione, esistente tra le due anime dell'assemblea è dimostrata dal fatto che anche questa commissione elabora autonomamente un catalogo di diritti fondamentali che vorrebbe mostrare l'altra faccia di quelli formulati dal Comitato costituzionale. Essa si pone immediatamente il problema di vedere garantita la libera circolazione della forza lavoro attraverso il riconoscimento del diritto di soggiorno e di residenza in tutto il territorio tedesco, sostenendo che per questo diritto non serve alcuna particolare spiegazione dato che, anche facendo eccezione «dai molti motivi politici», senza di esso «si impedisce il naturale collegamento tra le diverse forze tedesche del capitale e del lavoro e il necessario equilibrio tra bisogno e eccedenza di lavoro». È chiaramente nel Comitato economico che si è fatto strada il mutamento di paradigma invocato per l'economia politica durante tutto il decennio; qui infatti l'individualismo proprietario trova la sua espressione più coerente nel tentativo di affermarlo nella stessa carta costituzionale.

In primo luogo è la discussione sull'uguaglianza che si dimostra come il terreno sul quale le diverse opzioni politiche tentano di coniugare rivoluzione e costituzione. E il problema dell'uguaglianza è direttamente collegato alla soluzione positiva di quello della cittadinanza, perché assieme al problema della decisione politica l'altro aspetto dell'uguaglianza è il suo sostanziarsi nella libertà di circolazione e di soggiorno. Ciò investe soprattutto lo statuto di cittadinanza della forza lavoro in tutto il territorio tedesco. All'interno del Comitato costituzionale si tenta di superare la rivendicazione che si è visto essere propria soprattutto dei *Gesellen*, conciliando tutti i termini della tradizione politica tedesca con le nuove condizione stabilite dall'economia. Il proletariato non è qui considerato come un prodotto necessario dei rapporti di produzione, ma come una specie di degenerazione del povero. E così come il povero veniva da sempre equiparato al delinquente, il proletario viene ora equiparato allo straniero[50]. Dal momento che comunità municipale e

[50] «Un deliquente o un povero possono essere rimandati sia da una

Stato vengono considerati come concorrenti nel riconoscimento del diritto di cittadinanza, si verifica un conflitto tra la cittadinanza statale e quella delle comunità locali, conflitto nel quale si riflettono tutte le differenze di impostazione scientifica e di finalità politica delle diverse componenti del Comitato economico. La posizione maggioritaria si fonda sulla riscoperta della struttura della consociazione (*Genossenschaft*) tedesca, così come essa era stata nuovamente valorizzata dallo stesso Beseler all'interno della sua opera di dogmatico e storico del diritto[51]. La dottrina di Beseler aveva contribuito a superare il vecchio concetto di consociazione limitando al suo interno la presenza della proprietà collettiva in favore della responsabilità particolare dei diversi partecipanti. Beseler era andato oltre l'identificazione di *Genossenschaft* e *Gesamthand*, introducendo di fatto la proprietà privata nella struttura consociativa. Dal punto di vista storico, nonostante le critiche di alcuni suoi contemporanei, Beseler non è dunque legato all'immagine consociativa medievale e alla conseguente centralità dell'assetto feudale, ma pensa la *Genossenschaft* in sintonia e sulla base del *Vereinwesen* che si era sviluppato in Germania negli ultimi decenni. Ora la teoria viene posta in relazione con la dottrina del soggetto giuridico e non è più esclusivamente storica, ma è rivolta a una gamma di associazioni che non comprende solo quelle politiche, comunali ed ecclesiastiche, ma anche quelle commerciali e industriali, fino alle società per azioni.

Per i costituenti il ricorso alla *Genossenschaft* non è tuttavia solo il modo per far salvi gli equilibri fiscali e assistenziali della *Gemeinde*, ma anche la via per salvaguardare le diffe-

comunità municipale in un'altra dello stesso Stato, sia nella loro patria, se appartengono a un altro Stato, solamente non perché essi appartengano all'altro Stato, bensì solo perché essi appartengono a un'altra comunità municipale», sostiene il deputato Wipperman, in DROYSEN, p. 27.

[51] Sulla riscoperta della *Genossenschaft* nell'opera di Beseler cfr. J. SCHRÖDER, *Zur älteren Genossenschaftstheorie. Die Begründung des modernen Körperschaftsbegriffs durch Georg Beseler*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 11/12, 1982-83, tomo I, pp. 399-459.

renze già esistenti nei diversi Stati in materia di diritto di cittadinanza[52]. Questa impostazione vuole raggiungere un diritto generale di cittadinanza, ma anche affermare la centralità della comunità locale, scontrandosi con la prima diffusa massificazione di un operaio non qualificato, che emerge dalla costruzione delle ferrovie dove non vengono tollerate limitazioni all'utilizzazione e al movimento della forza lavoro. I costituenti cercano perciò di distinguere tra diritto di cittadinanza e diritto di soggiorno e, allo stesso tempo, di conciliare questa distinzione con l'unità dello Stato che rimane il compito primario da loro stessi assegnato all'assemblea costituente. Significativamente Karl Welcker, rispondendo all'obiezione del deputato democratico Simon sul fatto che rendere necessaria la presentazione di certificati patrimoniali per ottenere la cittadinanza si sarebbe risolto per il proletariato in una sorta di servitù della gleba, rispose che questo era un modo per impedire la formazione del proletariato nelle città; assegnando quindi ancora «un qualche valore all'associazione consociativa, si poteva non esprimersi a favore dell'introduzione di questa libertà lassista nella comunità municipale».

Il pensiero della *Genossenschaft* ha il suo significato ultimo proprio come risposta al crescente 'individualismo', che solo ideologicamente può essere identificato con le posizioni più liberiste di derivazione smithiana. La maggioranza del Comitato costituzionale vede questo individualismo ormai accettato soprattutto in Prussia, lo Stato che più aveva cercato di adeguarsi ai modelli di cittadinanza provenienti dalla Francia e dall'Inghilterra. Essa è costretta tuttavia a confrontarsi sia con una potente realtà statuale, sia con quelle posizioni di minoranza che riportano all'interno della commissione le richieste di libertà di movimento e di lavoro provenienti dal movimento sociale. Nella relazione all'assemblea generale,

[52] «In Prussia esso è molto libero, là è sufficiente la sola forza lavoro, mentre altri Stati pretendono dalle loro comunità municipali documenti patrimoniali e di soggiorno», secondo le parole di Beseler in DROYSEN, p. 26.

argomentando contro queste posizioni di minoranza emerse in commissione, Beseler spiega quindi che non si tratta di

«concepire semplicemente il popolo come una massa di singoli, e di attrezzare questi ultimi con i principi giuridici fondamentali e le istituzioni che si ritengono migliori, ma ...si dovrebbe prioritariamente cercare di ottenere, attraverso una forte chiusura nella struttura comunale, un appoggio attorno al quale possa raccogliersi la grande massa fluttuante della popolazione»[53].

In nome del particolarismo che avrebbe il proprio fondamento profondo «nel costume e nel bisogno del popolo», viene dunque rifiutata ogni uniformità (*Gleichförmigkeit*) nel trattamento e nella posizione giuridica, a favore di disposizioni-quadro che stabiliscano i confini che le legislazioni dei singoli Stati non possono valicare. In questo modo alle richieste di libertà può essere contrapposta una riserva politica sul tipo di uguaglianza che quelle produrrebbero. Il rifiuto dell'uniformità diviene il correlato di una struttura amministrativa che fa leva sulle comunità locali per impedire la frammentazione indotta dall'avvento dell'assoluta libertà nella gestione da parte di ogni singolo della propria forza lavoro.

Il ruolo che il lavoro, come criterio per la definizione della cittadinanza, deve svolgere all'interno della nuova compagine societaria si pretende quindi diverso da quello che il protoliberalismo aveva immaginato e la cui concezione ancora emerge nelle parole del deputato Löwe, quando questi afferma che «se prima era santo il privilegio, oggi ad essere santo è il lavoro; il lavoro libero, la diligenza e l'attività sono oggi il massimo onore»[54]. Il movimento sociale aveva messo

[53] WIGARD, I, pp. 972-73. W. MOMMSEN, *Grösse und Versagen des deutschen Bürgertums. Ein Beitrag zur politischen Bewegung des 19. Jahrhunderts, insbesondere zur Revolution im 1848/49*, Stuttgart 1949, p. 138, indica la differenza fondamentale all'interno della *Paulskirche* nel fatto che «proprio la 'sinistra' difende per principio punti di vista individualistici, mentre i liberali vogliono mantenere anche nella costituzione liberale la potenza del governo e dello Stato».

[54] WIGARD, V, p. 3899. «La vecchia triade 'bisogno-lavoro-godimento'

in campo un diverso concetto di lavoro, penetrato all'interno delle discussioni dell'assemblea stessa e che appare in tutta chiarezza quando si tratta di discutere le proposte di emendamento al § 30 dei diritti fondamentali, proposte mirate a dare un riconoscimento costituzionale alle richieste sia di protezione che di diritto al lavoro[55]. La posta in gioco è innanzitutto il rapporto tra costituzione e amministrazione, dal momento che proprio quest'ultima dovrebbe garantire praticamente un eventuale diritto al lavoro indipendente dalle congiunture del mercato. È il deputato Simon che chiarisce questo punto, rifacendosi a un concetto di amministrazione abbastanza ampio da non permettere che il problema della tassazione, l'ovvio correlato amministrativo del diritto al lavoro, venga considerato come un problema di competenza dei singoli Stati. Questo modo di riferirsi all'amministrazione comporta il superamento della distinzione tra i diritti fondamentali civili e quelli sociali[56]. Il fatto stesso che, nel caso del diritto al lavoro, l'amministrazione debba riconoscere rilevanza a un soggetto che è sostanzialmente escluso dalla costituzione, pone il problema di una continua tensione tra le due istanze così come era già successo in Francia[57].

era tendenzialmente soppressa, se il lavoro stesso doveva diventare godimento e di conseguenza anche il carattere di necessità del rapporto di bisogno e lavoro non veniva certo negato, ma ideologicamente mitigato», così descrive quella concezione W. CONZE, *Arbeit*, in *Geschichtliche Grundbegriffe*, I, hrsg. von O. BRUNNER-W. CONZE-R. KOSELLECK, Stuttgart 1974, pp. 154-215, p. 190.

[55] Il paragrafo in questione aveva la seguente formulazione: «La tassazione (oneri statali e comunali) deve venire ordinata in modo che cessi la preferenza accordata ad alcuni ceti e patrimoni».

[56] Ogni distinzione interna ai diritti fondamentali presenta tratti problematici perché pretende di far valere una posizione particolare all'interno di un ambito che dovrebbe valere proprio per la generalità e l'astrattezza delle norme che stabilisce. Sull'enucleazione di diritti sociali come partizione di quelli fondamentali, cfr. dal punto di vista dottrinario G. BRUNNER, *Die Problematik der sozialen Grundrechten*, Tübingen 1971; dal punto di vista storico H. SCHOLLER, *Die sozialen Grundrechte in der Paulskirche*, in «Der Staat», 13, 1974, pp. 51-71.

[57] Esemplari, a questo proposito, sono ancora una volta la cronaca e i commenti formulati da Stein nell'analisi del percorso del lavoro all'inter-

Il dibattito costituzionale tedesco non giunge mai ad assumere positivamente al suo interno la contraddizione sociale del diritto al lavoro, ma rappresenta comunque il momento in cui la scissione di sociale e politico mostra la sua insostenibilità. La relazione del Comitato economico che, nell'assemblea generale, introduce il dibattito su un'eventuale accettazione del diritto al lavoro tra i diritti fondamentali, è esplicitamente e significativamente dedicata alla cittadinanza e alla protezione del lavoro[58]. In particolare, ancora una volta, è il *Congreß deutscher Handwerker- und Arbeitervereine* di Berlino a richiedere che i diritti fondamentali, grazie all'azione dell'amministrazione, assicurino a ciascuno (*Jedem*) la possibilità di condurre una vita indipendente dal livello del suo possesso[59].

Al contrario, secondo il relatore, che rispecchia la posizione

no dei diversi abbozzi francesi di costituzione, cfr. L. STEIN, *Geschichte der sozialen Bewegung*, cit., III, pp. 380-387. Sull'analisi steiniana del '48 francese proprio in relazione al dualismo tra costituzione e amministrazione cfr. M. RICCIARDI, *Die Gewalt der Dinge. Antefatti della dottrina della società e dell'amministrazione di Lorenz von Stein*, in «Annali dell'istituto storico italo-germanico in Trento», XVIII, 1992, pp. 201-221.

[58] Si tratta del *Bericht des volkswirtschaftlichen Auschusses über zu § 30 der Grundrechte eingegangige Anträge auf Bürgschaft und Schutz der Arbeit: Berichtstatter Abgeordnete Degenkolb*, in WIGARD, VII, pp. 5100-04. Sul dibattito nel suo complesso cfr. W. SIEMANN, *Wirtschaftsliberalismus 1848/49 zwischen sozialer Verpflichtung und Konkurrenzprinzip. Zur Debatte über das «Recht auf Arbeit» in der «Paulskirche»*, in *Festschrift E.W. Zeeden*, Münster 1976, pp. 407-432 e H.A. STRAUSS, *Staat, Bürger, Mensch. Die Debatten der deutschen Nationalversammlung 1848/49 über die Grundrechte*, Aarau 1947, pp. 71-78; R. SINGER, *Das Recht auf Arbeit in geschichtlicher Darstellung*, Jena 1895. Sulla discussione attornoal al § 30 all'interno del Comitato economico cfr. W. CONZE-W. ZORN (edd), *Die Protokolle des volkswirtschaftlichen Ausschusses der deutschen Nationalversammlung 1848/49: Mit ausgewählten Petitionen*, bearbeitet von R. MOLDENHAUER, Boppard am Rhein 1992, pp. 253-259.

[59] WIGARD, VII, p. 5100. Ciò era stato vero anche in Francia: «Il diritto al lavoro, così come il diritto di voto, costituiva una rivendicazione politica enunciata in termini di diritti individuali», sottolinea giustamente G. PROCACCI, *Gouverner la misère. La question sociale en France (1789-1848)*, Paris 1993, p. 263; ma sul significato di mutamento di paradigma politico che la rivendicazione ebbe in Francia, si veda tutta la parte IV.

unanime del suo comitato, la protezione del lavoratore può aver luogo solo fino al punto in cui essa significa protezione della produzione e del mercato interni, ma è impensabile che essa venga individualizzata, perché in questo modo verrebbe rotto il nesso che lega bisogno, lavoro e proprietà. Bisogno e lavoro devono rimanere in rapporto immediato; non si può quindi abolire il bisogno per garantire anche l'impulso che dal lavoro sprona a raggiungere la proprietà attraverso il possesso. La generalità della protezione – che sarà il presupposto dell'affermarsi della tutela giuridico-normativa del lavoro – giunge al punto che si può sostenere che a dover essere tutelati sono tanto il lavoratore quanto il datore di lavoro. Anzi, il deputato Osterrath sostiene espressamente che un'eventuale protezione dei soli lavoratori rappresenterebbe una violazione dell'uguaglianza dei soggetti di diritto[60]. Per queste motivazioni non si può accettare che il lavoro come tale venga compreso tra i diritti fondamentali; si può al contrario tutelare il diritto al lavoro, non in quanto tutela di una posizione soggettiva, ma come diritto all'appropriazione, cosa che d'altronde il § 3 già fa, garantendo la libertà di iniziativa.

È su questo terreno che trova una definizione reale il problema già presentatosi nel Comitato costituzionale di fronte alle obiezioni di chi sosteneva che non può esistere una cittadinanza particolare a fianco di quella statale. Quel dibattito era stato riassunto nella domanda su «cosa veramente sia 'un tedesco'», domanda che doveva trovare una risposta anche al problema di «riempire le lacune che hanno consentito il tramonto del *Reich*». Di fronte a questa doppia valenza che la costituzione doveva mostrare – e che in realtà si dimostrò essere una contraddizione insanabile tra i diritti fondamentali e il resto della costituzione, tra il suo tratto individualistico e quello organizzativo[61] – la risposta data,

[60] WIGARD, VII, p. 5102.

[61] La consapevolezza dell'esplosività di questa contraddizione è ancora presente nel giudizio retrospettivo di G. JELLINEK, *Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte*, cit., p. 66: «In ciò stette anche l'errore

«'un tedesco' deve divenire un concetto politico»[62], assume ora il significato di una chiara presa di distanza dal contenuto sociale che si pretende dalla costituzione. Concetto politico significa qui che la figura pratica di cittadino che ne risulta deve essere immediatamente spendibile nella costruzione politica statuale; tra la cittadinanza come criterio di inclusione e la capacità di esclusione di una struttura statuale compiuta si sceglie decisamente la seconda via. Per questo, nella sua replica, il relatore Degenkolb può affermare che lo Stato deve rimanere estraneo al lavoro: esso «non può comandare lavoro, ma deve mediare lavoro»[63].

Il 9 febbraio 1849 – lo stesso giorno in cui l'assemblea, con 344 voti contro 114, boccia ogni emendamento al § 30 che richiami il diritto al lavoro – l'imprenditore e deputato della sinistra liberale Jakob Bernhard Eisenstuck si accolla l'onere di definire il lavoro a cui la *Arbeitsfrage* fa riferimento. Per Eisenstuck è chiaro che non si tratta di prendere «in alcun modo in considerazione il lavoro come concetto assoluto, ma che si intende solo una certa parte del lavoro». La domanda che è quindi necessario porre è:

«Come è possibile che ... sia nata una frazione sociale che, in tutti gli avvenimenti a partire da febbraio, e con ragione, ha posto in primo piano questa parte del lavoro?»[64]

Per Eisenstuck si tratta di quella parte a cui appartengono le forze «che sono state escluse dalla società politica dello Stato [*die politische Staatsgesellschaft*]», quella parte che anche elettoralmente è stata esclusa dai diritti politici così come è accaduto in Francia, quella parte in definitiva «il cui lavoro

fatale dell'assemblea nazionale di Francoforte che volle normare prima il diritto dell'individuo e solo poi lo Stato. Lo Stato tedesco non era ancora stato fondato e già era stabilito che cosa non poteva fare e che cosa doveva concedere questo Stato non ancora esistente».

[62] La domanda è posta da Beseler, la risposta è del deputato von Mühefeld, in DROYSEN, p. 31.

[63] Così Degenkolb, in WIGARD, VII, p. 5139.

[64] WIGARD, VII, p. 5114.

giunge solo a valore, la cui forza lavoro è solo utilizzabile nella sua associazione con il capitale»[65]. Questa esclusione «dalla società» ha dunque portato allo scontro sociale tra due parti che sono reciprocamente implicate. Questa posizione minoritaria si rivolge contro chi ora in Germania, così come era stato in Francia, tenta di rispondere alla politicizzazione del diritto insita nella pretesa di una garanzia giuridica del lavoro, spostando l'accento dal diritto al dovere, dalla politica alla morale.

Ciò che l'assemblea di fatto rifiuta è proprio il dualismo che la costituzione finisce col riflettere nel momento in cui accetta la presenza non di molti e diversi soggetti, ma di due soggetti concorrenti. L'argomento nazionalistico e quello consociativo, che già sono coniugati nel fatto che i diritti fondamentali non sono garantiti agli individui ma al popolo tedesco, si arricchisce così della declinazione antindividualistica. Questa diviene evidente come priorità del politico sul sociale e si mostra con chiarezza nell'intervento di Beseler che conclude il dibattito sul diritto al lavoro. Esso è in chiaro contrasto con quanto affermato pochi mesi prima in relazione alla centralità del movimento sociale per la formulazione stessa dei diritti fondamentali. Ora Beseler sostiene che solo «il lato politico dell'opera di unificazione tedesca» doveva entrare nella costituzione, nella supposizione che la questione sociale avrebbe trovato altrove la sua «soluzione finale». Nel frattempo la *Genossenschaft* avrebbe dovuto funzionare come istituzione e principio di protezione del lavoro, proprio nel momento in cui, come lo stesso Beseler sottolinea, la Germania sta passando dal medioevo del lavoro alla sua dimensione capitalistica. La *Genossenschaft* dovrebbe quindi consentire di «trovare nuove forme per permettere al lavoro di estendere il proprio diritto». Ma l'invocazione che caratterizza l'intervento di Beseler è di non suscitare speranze che non potrebbero essere soddisfatte e di non «porre nella costituzione il germe di un conflitto»[66].

[65] WIGARD, VII, p. 5115.

[66] WIGARD, VII, pp. 5141-42.

Ancora una volta si mostra la duplicità che il ricorso alla costituzione riveste nel 1848. «Infine, e questo particolarmente io voglio evidenziare, è nostro compito costituire», aveva dichiarato Beseler nel luglio del 1848 all'interno della discussione sui *Grundrechte*; ma se ciò in primo luogo significa che il riferimento alla costituzione «ha raggiunto un significato autonomo, non meramente attributivo»[67], esso non ha tuttavia il significato di una forza di mediazione raggiunta e politicamente spendibile. Il terreno del riconoscimento dei diritti, del singolo e quindi di una cittadinanza del sociale, rende precario il carattere generale e astratto che la legge fondamentale dovrebbe mostrare. D'altra parte il portato universalistico che il ricorso alla *Genossenschaft* vorrebbe assicurare si riduce alla finzione di un'unità sempre negata, perché dove dovrebbe garantire non arriva a farlo, dove potrebbe organizzare delega il compito all'istituzione statale. A tutto ciò è in definitiva da attribuire il fallimento della politica dei *Grundrechte*, i quali, come ha scritto Veit Valentin, «dissolvono, aboliscono, accusano; sono molto fortemente negativi»[68], senza riuscire a dominare quei punti di tensione che rappresentavano il vero problema dal quale pure l'assemblea era partita.

[67] L'affermazione di Beseler è in WIGARD, I, p. 701. L'annotazione è di D. GRIMM, *Recht und Staat*, cit., p. 138, il quale pur parlando di 'positivizzazione' della costituzione descrive il passaggio di quegli anni scrivendo: «Se prima del 1848, per soddisfare le esigenze del diritto razionale, si era trattato di trasformare le costituzioni concesse in pattuite, gli sforzi si indirizzano ora a fare di quelle pattuite delle concesse, affinché rimanga tutelata la preminenza del potere statale».

[68] V. VALENTIN, *Geschichte der deutschen Revolution von 1848/49*, Berlin 1930-31, II, p. 314.

Lo Stato di diritto come forma di Stato. Notazioni preliminari sulla tradizione europeo-continentale

di *Maurizio Fioravanti*

Ha avuto lo Stato di diritto come forma di Stato una sua precisa identità storica sul piano europeo? Ed oggi che molti, e da più parti, tornano più o meno enfaticamente ad appellarsi allo «Stato di diritto», è possibile parlare di una tradizione europea dello Stato di diritto come forma di Stato propria e peculiare dell'Europa continentale?

Per tentare di rispondere a queste domande, bisogna prendere le mosse da una precisazione preliminare. Quando parliamo di «Stato di diritto» come forma di Stato europeo-continentale, pensiamo prima di tutto al tempo storico dei grandi regimi politici nazionali dell'età liberale, tra l'ultimo quarto del secolo scorso e gli anni venti del nostro secolo. È questo il tempo in cui l'istanza liberale, nata ben prima delle rivoluzioni, divenuta movimento politico subito dopo le rivoluzioni, diviene finalmente regime politico nella forma dello Stato nazionale, diviene cioè forma di Stato – lo Stato liberale – capace di stabilizzazione ma anche di riforma: è questo il tempo del Secondo Impero in Germania, della Terza Repubblica in Francia, del passaggio da Crispi a Giolitti in Italia.

Ciò che sostengo con riferimento a questo tempo storico è presto detto: la forma di Stato propria e specifica di questo tempo storico nell'Europa continentale è lo Stato di diritto. Quest'ultimo ha una dimensione europea che lo caratterizza in profondo ben al di là delle diversità e delle specificità nazionali. Si possono quindi enunciare – e noi porremo in essere in questo senso un primo tentativo – i caratteri fondamentali dello Stato liberale di diritto, al fine d'individuare quella particolare forma di Sta-

to che dominò in Europa fino agli anni venti di questo secolo. Lo scopo di una ricerca di questo genere è ben chiaro: è qui, infatti, in questo tempo storico, che si è formata – come noi crediamo – quella tradizione europea dello Stato di diritto cui il nostro contributo è dedicato.

Ma c'è un altro motivo che rende utile una riflessione come quella qui proposta. Noi riteniamo, per dirla in sintesi, che la ricerca su questa fase della storia politica e costituzionale europea sia rimasta troppo a lungo prigioniera degli schemi e dei paradigmi sorti all'interno delle storie politiche e costituzionali nazionali: quella tedesca con riferimento alla estenuante problematica della sua specificità-differenza rispetto ad un destino dell'Occidente presunto come necessariamente parlamentarizzato, tutta annodata attorno alla vessata questione, più volte sicuramente fraintesa, del principio monarchico; quella italiana, non di rado dedita a contemplare la propria presunta debolezza rispetto ai «modelli forti» del liberalismo europeo, secondo gli schemi interpretativi via via succedutisi nel tempo, delle rivoluzioni «mancate», o «dall'alto», delle vocazioni accentratrici e statalistiche delle nostre classi dirigenti; o quella francese, dedita piuttosto a contemplare le proprie presunte virtù, nella linea della repubblica, dei diritti, del suffragio universale, tutti da intendersi come altrettanti esiti, per quanto travagliati, della Rivoluzione.

Per riprendere il filo principale del nostro discorso, credo che si possa affermare quanto segue: dopo parecchi lustri di storie costituzionali nazionali è necessario ora ristudiare le istituzioni e le dottrine dello Stato liberale di diritto su un piano europeo, che più precisamente vuol dire ristudiare quelle istituzioni e quelle dottrine per come esse si formano *nella* comunicazione tra esperienze diverse, su un piano transnazionale, ovvero su quel piano in cui non è più importante che un certo materiale – istituzionale o dottrinale – abbia un certo determinato luogo d'origine nazionale: l'importante è che esso sia funzionale a costruire un comune modello europeo di Stato liberale di diritto. È precisamente questo il nostro oggetto di studio.

Per operare in questo senso, bisogna ricostruire a mio giudi-

zio un'intera nuova griglia interpretativa, che rispetto al passato si differenzi su due punti fondamentali: il primo è quello del rapporto tra i due paesi «forti» della storia costituzionale dell'Europa continentale, che sono senza dubbio la Francia e la Germania; il secondo è quello del rapporto tra questi due paesi e molti altri paesi europei – come, ad esempio, l'Italia e la Spagna –, che fino ad oggi è stato valutato nei termini della «recezione» – categoria vecchia, come vedremo – in questi secondi dei modelli costituzionali dei primi, dei paesi forti.

Iniziamo con alcune considerazioni che riguardano il rapporto tra i due paesi forti, tra Francia e Germania. Se apriamo uno dei classici della storia del liberalismo europeo – il noto volume di De Ruggiero, uno di quei libri di cui sempre si dice che sia irrimediabilmente vecchio, ed al quale poi di fatto spesso si ritorna – ci accorgiamo subito quanto sia ancora vitale il modello di riferimento in esso contenuto: la Francia è il paese della rivoluzione, della repubblica, dei diritti civili e politici, delle dichiarazioni dei diritti; la Germania è il paese dell'autoritarismo politico, del principio monarchico, del paradigma statalistico, del potere autocratico della burocrazia e dell'esercito. Ed ancora: ogni volta che un paese europeo – come l'Italia, per esempio – ha abbandonato il primo modello a favore del secondo ha finito per gettarsi nelle braccia della dittatura; lo Stato di diritto inventato dai tedeschi è solo una debole correzione del loro spirito autoritario, che a nulla servì come argine all'affermarsi della dittatura: il liberalismo è anglo-francese, o non è affatto.

Un modello interpretativo di questo genere, a ben guardare, muove da due presupposti fondamentali: che la Francia, in quanto paese della rivoluzione, dei codici e delle dichiarazioni dei diritti, sia per ciò stesso il paese per eccellenza della garanzia dei diritti; e che lo Stato di diritto, in quanto specifica forma di Stato e di governo, sia fenomeno esclusivamente tedesco, o al massimo, per «recezione», proprio di qualche altro paese europeo, come l'Italia. Ora, recenti ricerche stanno mostrando la problematicità di

simili convinzioni. Per ciò che riguarda il primo punto sta emergendo quanto sia stato travagliato nel corso della rivoluzione il rapporto tra proclamazione dei diritti e loro effettiva garanzia, e quanto intensamente si sia posto in Europa all'indomani della stessa rivoluzione, anche da punti di vista sicuramente liberali, il problema delle limitazione del legislatore rivoluzionario e della sua virtuosa rappresentazione della volontà generale[1]; mentre, per ciò che riguarda il secondo punto, sta emergendo come e quanto in tutta Europa, e nella stessa Francia della Terza Repubblica, sia stata forte la carica di attrazione verso lo Stato di diritto nella seconda metà del secolo scorso, anche laddove non vi era certo alcun principio monarchico da difendere e da adattare ai tempi nuovi[2].

Si tratta ora, lungo questa linea, di offrire alcuni materiali che tornano utili alla nostra riflessione, e che servono a mostrare l'alto indice di complessità del problema che abbiamo di fronte, una volta che si decida davvero di abbandonare la via delle storie nazionali e delle vocazioni nazionali.

Un esempio ben chiaro in questo senso è offerto dalla nota problematica ottocentesca della codificazione del diritto, anch'essa troppo a lungo prigioniera dei modelli nazionali e del paradigma della «recezione» del diritto straniero. Su questo piano, sembra sempre meno attendibile quella immagine tradizionale che vuole che il Codice Napoleonico del 1804, in quanto prodotto autentico della rivoluzione, sia il modello per eccellenza del diritto della nuova società borghese liberale, e che i paesi europei si siano tanto più liberalizzati quanto più abbiano recepito quel Codice e quella legislazione. Ciò può valere ancora, e solo in un certo senso, per la Germania, dove l'opposizione al Codice può effettivamente aver assunto il significato di una difesa di un

[1] Sia consentito qui rinviare ad una nostra ricerca, ed alla bibliografia ivi citata: M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, I: *Le libertà: presupposti culturali e modelli storici*, Torino 1991, 1995[2].

[2] Per il caso francese, si veda la recente ricerca di M.J. REDOR, *De l'État legal à l'État de droit*, Paris 1991.

certo tipo del tradizionale ordine di stampo cetuale. Ma l'adozione di un modello interpretativo non più prigioniero delle vocazioni nazionali – l'una necessariamente moderna e liberale, l'altra necessariamente filocetuale ed autoritaria – ci consente di capire più in profondità una problematica di questo genere.

Ci accorgiamo, per esempio, anche grazie ad un recente libro[3], come il punto di vista liberale nella scienza civilistica francese del diciannovesimo secolo sia stato spesso sostenuto in polemica con il Codice in quanto progetto di accentramento statalistico delle fonti di diritto, ed anche grazie all'influsso esercitato in Francia proprio dalla scienza giuridica tedesca, dalla pandettistica, dallo stesso Savigny. Qui il rapporto è curiosamente invertito: quella dottrina tedesca che nella propria patria può avere assunto il significato di una difesa della vecchia società cetuale contro quella nuova liberale rappresentata dal Codice e nel Codice, in altri paesi diversi da quello di origine, per esempio nella stessa Francia, ha assunto – quella medesima dottrina – il significato opposto, di affermazione di principii schiettamente liberali anche contro il Codice stesso come prodotto di un tempo, come quello della rivoluzione, in cui era ancora ammissibile un primato assoluto, quello del legislatore.

Ciò che vale per il diritto civile francese può valere per altri rami del diritto e per altri paesi. Penso qui al caso – più volte studiato negli ultimi tempi – della recezione della giuspubblicistica tedesca in Italia. Un personaggio come Vittorio Emanuele Orlando, ad esempio, sempre meno appare come il traduttore in Italia dello statalismo tedesco di stampo labandiano, e sempre più chiaro appare il nesso dello stesso Orlando e di buona parte della giuspubblicistica italiana direttamente con la Scuola storica tedesca. Ciò che interessa dei tedeschi non è tanto l'apologia della *Herrschaft* statuale, ma la critica della sovranità del legislativo, il mantenimento

[3] Alludiamo alla ricerca di A. BÜRGE, *Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert. Zwischen Tradition und Pandektenwissenschaft, Liberalismus und Etatismus*, Frankfurt am Main 1991.

di un ruolo forte della dottrina e della giurisprudenza che è profondamente sentito come liberale. Si osserva quindi in modo crescente come il richiamo alla scienza giuridica tedesca s'intrecci nel liberalismo dei giuristi italiani con il richiamo al modello costituzionale inglese: è al diritto di resistenza esemplato sul modello della *Glorious Revolution* che è dedicata buona parte del saggio di Orlando sulle libertà[4].

Ma Orlando richiama anche Jellinek. Anche per quanto riguarda Jellinek, si va oggi scoprendo che troppo a lungo ci si è soffermati sulla celebre dottrina della autolimitazione dello Stato come tipico esempio di «statualismo»: i diritti esistono perché lo Stato sovrano ha deciso di autolimitarsi. Ed invece va emergendo ora come lo Jellinek che davvero ha contato in Europa, che ha contribuito in modo decisivo a scrivere un pezzo della comune cultura costituzionale europea, sia stato un altro. È quello che rivendica, commentando la Dichiarazione dei diritti dell'89, un posto importante alla storia nella definizione dei diritti: i paesi che hanno svolto un ruolo importante nella storia delle libertà sono quelli, come la Germania e l'Inghilterra, che hanno avuto, prima della rivoluzione, e nei tempi profondi della storia costituzionale europea, u n a c o s t i t u z i o n e e q u i l i b r a t a, *Rechte* e *Freiheiten*, un ordine costituzionale che assegnava a tutti, ed anche ai detentori del potere, il proprio posto, i propri limiti, la propria sfera. È qui, in questa operazione di apparentamento tra la storia costituzionale inglese e tedesca ed i loro comuni tempi lunghi che Jellinek ha contribuito davvero a costruire un modello liberale che ha poi contato in Europa[5].

La polemica contro i diritti naturali ed il contrattualismo della rivoluzione esiste dunque, ma non ha esiti necessariamente autoritari. Al contrario, giuristi liberali come Jellinek

[4] V.E. ORLANDO, *Teoria giuridica delle guarentigie della libertà* (1885-1888), poi in *Biblioteca di Scienze Politiche*, diretta da A. BRUNIALTI, V, Torino 1890, pp. 932 e 1101 ss.

[5] Si veda soprattutto G. JELLINEK, *Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte* (1895), in R. SCHNUR (ed), *Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte*, Darmstadt 1964, pp. 1-77.

ed Orlando sono francamente convinti che strappare la fondazione dei diritti allo stato di natura ha un significato profondamente liberale, proprio perché conduce ad ancorare saldamente quei diritti alla autorità dello Stato-persona: ciò che non significa affatto farli dipendere da una «decisione» del potere politico – dimensione questa del tutto estranea ai nostri giuristi –, ma piuttosto all'inverso attrarli nell'orbita di un potere finalmente formale e neutrale, non dipendente dall'arbitrio di alcun soggetto precostituito, espressione storica, organica ed equilibrata, delle infinite articolazioni della società concretamente ordinata in popolo, e non della società degli individui astrattamente intesi.

In questo senso la sovranità dello Stato-persona è per i nostri giuristi la migliore garanzia possibile per i diritti, perché garantisce che la legge che fonda quei diritti non dipende da alcuna volontà politica parziale, da alcun meccanico accomodamento d'interessi. Lo Stato sovrano, più che essere il soggetto dotato d'*imperium*, è così il punto di equilibrio tra i poteri, quelli sostanziali che operano nella società, e quelli formali che compongono la forma di governo strettamente intesa: ancora una volta, ed anche su questo terreno, la dottrina giuspubblicistica tedesca interagisce con il grande mito della costituzione britannica, producendo l'immagine dominante presso i nostri giuristi, che è certamente quella dell'equilibrio e del bilanciamento, ben più che quella della decisione e del comando.

Torniamo allora al nostro problema principale del rapporto tra i modelli costituzionali circolanti in Europa, ed in particolare tra Francia e Germania. Sgombriamo subito il campo da un possibile equivoco: nessuno vuole qui contestare il valore liberale della rivoluzione e delle dichiarazioni dei diritti. Si vuole solo sostenere che contro l'una e le altre non si erge a senso unico e senza mediazioni lo statalismo autoritario della dottrina giuspubblicistica europea ispirata dalla Germania. Ed è invece vero che dopo la rivoluzione si apre in Europa una nuova fase in cui si va formando, in modo complesso e tortuoso, una nuova cultura dei diritti che non di rado intreccia – come abbiamo visto – il riferimento alla dottrina tedesca con quello alla costituzione britannica.

Si dovrebbe qui ristudiare, su basi nuove e sotto questo profilo, la recezione di Burke in Germania, e parallelamente quella di Savigny in Inghilterra, o più complessivamente la circolazione del modello costituzionale inglese nell'Europa continentale del diciannovesimo secolo, in particolare in paesi come l'Italia e la Spagna. E soprattutto si dovrebbe finalmente capire come senza i paesi di «seconda fila» – come l'Italia e la Spagna, per l'appunto – non si possa più giungere ad un'efficace comprensione della storia costituzionale europea. Sono infatti questi paesi quelli storicamente più inclini alla mediazione ed alla combinazione tra diversi modelli costituzionali, e dunque quelli che più mettono in luce la complessità dei processi di circolazione delle idee. Basti pensare che solo oggi comincia ad essere noto come anche la Spagna abbia avuto nel secolo scorso la sua «recezione» della dottrina tedesca, ma soprattutto attraverso gli italiani e lo stesso Orlando: attraverso questi ultimi probabilmente gli spagnoli conobbero soprattutto la parte più liberale della giuspubblicistica tedesca, quella più incline a mediarsi con il tradizionale fondamento storicistico del liberalismo spagnolo, con la sua costante attenzione – anche qui – al modello costituzionale inglese. È attraverso esperienze di questo genere, solo in apparenza periferiche, che è possibile cogliere aspetti e significati della storia costituzionale europea che rimarrebbero del tutto in ombra se quella storia si riducesse al confronto tra i paesi-guida ed alla «recezione» dei loro modelli in periferia.

Cerchiamo allora di riassumere quanto abbiamo esposto in questa parte del nostro contributo. Nessun dubbio sul fatto che alla fine del secolo scorso il diritto pubblico europeo venga riscritto su base statualistica, e che l'impulso principale in questo senso venga dalla Germania. Molti dubbi invece sul fatto che questa operazione sia da giudicare in sé antiliberale. Vi sono sicuramente aspetti e presupposti antiliberali: Orlando e Jellinek temevano l'autonomia e la priorità della società civile degli individui rispetto allo Stato ed alle istituzioni politiche molto di più di un Tocqueville e di un Constant, ed in questo senso erano ovviamente meno liberali di un Tocqueville o di un Constant. Ma c'è anche il

rovescio della medaglia, che è quello che qui abbiamo messo in rilievo. Ciò che oggi chiamiamo «statualismo» era in realtà sentito dai nostri giuristi come il presupposto storico-ideale, di stampo per loro sicuramente liberale, che consentiva di garantire i diritti meglio delle proclamazioni rivoluzionarie: i diritti andavano garantiti *con il diritto*, che era allora con sicurezza quello dello Stato, dunque con una legge che fosse espressione della autorità dello Stato, e non di una maggioranza politica di fatto dominante sotto l'involucro della volontà generale della rivoluzione. Insomma, a dover essere sovrana era la legge come fonte di diritto e non il legislatore quale presunto interprete della volontà generale.

Proviamo allora ad articolare per punti quanto abbiamo fin qui esposto: 1. La rivoluzione afferma la priorità dei diritti – per esempio nei primi due articoli della Dichiarazione dell'89 –, ma in concreto fa poi esistere quei diritti attraverso il predominio di un legislatore che in quanto interprete necessariamente virtuoso della volontà generale è sostanzialmente sprovvisto di limiti. 2. Il liberalismo politico e giuridico del secolo scorso si preoccupa soprattutto di ricondurre l'autorità di questo legislatore entro l'autorità dello Stato: la prima deve sostanzialmente coincidere con la seconda, e non porsi più come cosa ulteriore e diversa. L'itinerario percorso a questo proposito può essere così rappresentato: dal primato del legislatore come soggetto politico incarnante la volontà generale al primato della legge come fonte di diritto, come espressione formale e neutrale della autorità dello Stato. 3. Per percorrere questo itinerario sono necessari molti strumenti e materiali che vengono variamente utilizzati e combinati. Al fine di contestare e ridimensionare il primato politico del legislatore sono certamente funzionali quelle dottrine statualistiche ed antiradicali che vedono quel legislatore esclusivamente come un organo dello Stato, ma sono funzionali anche tutte quelle dottrine di stampo sicuramente liberale che al legislatore oppongono soprattutto un ruolo forte della dottrina e della giurisprudenza: è funzionale dunque il richiamo, davvero persistente per tutto il secolo, ed anche in Italia, alla Scuola storica del diritto, congiunto al

richiamo, anch'esso mai completamente sopito per tutto il secolo, ed anzi continuamente rinnovato, alla costituzione britannica. 4. Si può conclusivamente avanzare l'ipotesi che il liberalismo dei giuristi del diciannovesimo secolo sia mediamente in Europa un liberalismo di stampo anglo-tedesco. È un liberalismo che costituisce la filosofia di base dello Stato liberale di diritto, e che contro la rivoluzione riporta in campo senza dubbio l'autorità dello Stato, ma non a caso continuando contemporaneamente a discutere della fondazione storica dei diritti, anche nei suoi massimi esponenti come Jellinek ed Orlando. Il primo – come già dicevamo – in sostanza cerca di sottrarre i moderni diritti individuali soggettivi al primato ideologico del contratto sociale a base individualistica, e rilancia l'idea di una loro fondazione su tempi storici più lunghi, soprattutto in quei paesi, come la Germania e l'Inghilterra, che hanno conosciuto una strutturazione dualistica del modello costituzionale, tale da evitare sia gli eccessi in senso assolutistico sul versante del potere, sia gli eccessi in senso contrattualistico ed individualistico sul versante delle libertà; il secondo – Orlando – ancora nel 1912, in un corso universitario inedito[6], di fronte al pullulare delle nuove giurisdizioni di equità, saluta con favore questo fenomeno, ribadendo, alla lettera, la sua impostazione anticodicistica, da riconnettere alla duplice e congiunta matrice della Scuola storica e del costituzionalismo britannico. In realtà, i nostri giuristi non criticano dunque solo gli eccessi della rivoluzione in senso contrattualistico ed individualistico, ma anche quelli in senso dirigistico, ravvisando in essa il formarsi di un primato del politico incarnato dal legislatore che è da loro temuto in una prospettiva sicuramente liberale, di cui questi giuristi sono eredi nella linea di Savigny, di Burke, di una determinata parte del liberalismo europeo.

Simili conclusioni possono essere ritenute valide anche e

[6] Si veda V.E. ORLANDO, *Teorica della legislazione e del governo*, Università di Roma, corso di «Diritto Pubblico Interno», a.a. 1911-1912, Roma 1912, pp. 206 ss.

proprio per il paese della rivoluzione. Lo scenario che vorremmo qui suggerire è quello francese della Terza Repubblica. Che la Francia acquieti le sue turbolenze costituzionali nella forma della repubblica e del suffragio universale è stato fino ad oggi considerato conseguenza della rivoluzione, del fatto che la Francia è da reputarsi il paese per eccellenza della democrazia politica, e dunque della repubblica e del suffragio universale. Oggi le cose non appaiono più così semplici. Uno dei maggiori giuristi del nostro secolo, Raimond Carré de Malberg, nella sua *Contribution à la Théorie générale de l'État*, scritta a ridosso della prima guerra mondiale[7], traccia un bilancio di tutta questa vicenda, e ci dice qual'è il prezzo di questa stabilizzazione intervenuta con la Terza Repubblica.

In una parola, la Terza Repubblica è una repubblica senza sovranità popolare. Ciò che le leggi costituzionali istitutive e le prassi successivamente intervenute escludono è che l'autorità delle istituzioni politiche si fondi sulla sovranità del popolo giacobinamente inteso come universalità dei cittadini viventi. Una simile concezione della sovranità popolare viene dispregiativamente connotata come «atomistica», in un senso non molto dissimile da quello in uso presso i giuristi italiani e tedeschi. Ed al posto del popolo sovrano si colloca la nazione, che è per Carré de Malberg quella dell'articolo terzo della Dichiarazione dei diritti dell'89, se correttamente interpretato. La nazione, a differenza del popolo, non è un soggetto che esercita la sovranità, ma è ciò che impedisce a qualsivoglia soggetto – né corpo, né individuo, recitava l'articolo terzo – di essere titolare della sovranità: la grande invenzione della rivoluzione non è la sovranità del popolo al posto di quella del monarca, di un soggetto al posto dell'altro, ma è la sovranità della nazione impersonata dallo Stato al posto della sovranità di un qualsivoglia soggetto, la sovranità in senso giuridico al posto della sovranità in senso politico, ovvero il dominio del diritto in senso oggettivo su tutti i poteri esistenti.

[7] R. Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, due tomi, Paris 1919-1922.

Non siamo qui molto distanti dalle concezioni tedesche ed italiane dello Stato come persona giuridica. E soprattutto è ormai chiaro che anche in Francia la stabilizzazione liberale passa attraverso il depotenziamento del circuito sovranità del popolo-sovranità del legislatore, che si ottiene anche qui riconducendo tutta la materia «politica» della rivoluzione entro i confini della sovranità in senso giuridico, dello Stato come persona. È così che anche in Francia, come in Germania ed in Italia, la polemica antiparlamentare tende a tradursi, a partire dall'ultimo quarto del secolo scorso, nella formula istituzionale dell'*État de droit*, espressione sempre più ricorrente. Una recente ricerca[8] mostra come la critica alla sfera del politico, alla figura stessa dei parlamentari, proceda di pari passo in Francia con la crescita complessiva di peso e di ruolo dei giuristi, soprattutto degli accademici e dei giuspubblicisti. Ma c'è di più: sono questi in Francia gli anni d'oro, tra la fine del secolo scorso ed i primi decenni del nuovo, della giustizia amministrativa, con l'espandersi fino al massimo limite possibile del sindacato del Consiglio di Stato, prima sul piano dello sviamento di potere e poi su quello dell'eccesso di potere. Il fatto che atti dei poteri pubblici siano sindacabili per via giurisdizionale in modo così ampio, fino quasi a penetrare nella sfera riservatissima della opportunità, pare aprire una vera e propria nuova fase nella storia del liberalismo francese, che è la fase della ricerca delle garanzie giuridiche e giurisdizionali. Ed inoltre, ciò che è oggi possibile solo nei confronti delle autorità amministrative, non è detto che domani non possa essere possibile anche nei confronti del legislativo: ed infatti nel corso della Terza Repubblica s'inizia a discutere anche del sindacato di costituzionalità, anche se in modo incerto e contraddittorio.

Come si vede, tutta questa discussione si sviluppa in senso liberale *contro* il primato rivoluzionario del legislatore, contro l'idea stessa – che è ben dentro buona parte della rivoluzione – che le vere garanzie siano quelle politiche, legate alla permanente presenza del popolo sovrano prima

[8] Si veda *supra*, nota 2.

ed al di là delle istituzioni politiche: al contrario, anche in Francia s'inizia ora a pensare, nella linea dello Stato di diritto, che i diritti si garantiscano veramente solo con il diritto, con la legge dello Stato e con il ricorso a tutele di carattere giurisdizionale.

Su questa base è forse ora possibile procedere verso alcune considerazioni di sintesi, questa volta davvero di carattere conclusivo: 1. Lo Stato liberale di diritto in Europa non è dato solo dal *Rechtsstaat* tedesco e dallo Stato di diritto italiano, o di quegli altri paesi europei che più massicciamente recepirono la dottrina tedesca. Il fatto che anche in Francia si sia sviluppato un intenso dibattito sullo Stato di diritto dimostra che in quella formula si racchiude una tendenza complessiva e generalizzata, di cui la Germania è solo un caso specifico, ma non il modello in assoluto. La Germania con il suo principio monarchico, l'Italia con la sua monarchia ambiguamente parlamentarizzata, la Francia con la sua repubblica senza sovranità popolare sono per noi casi particolari, espressioni specifiche, di un *genus* più ampio, che è per l'appunto lo Stato liberale di diritto europeo. 2. Questo Stato liberale di diritto è generato dappertutto in Europa in primo luogo dalla disillusione e dallo scetticismo verso la sfera della politica: esso ha in Germania le sue radici negli anni cinquanta e nella scoperta della *Realpolitik*, in Italia negli anni settanta ed ottanta, ovvero negli anni delle disillusioni postrisorgimentali, ed in Francia, nello stesso torno di tempo, nella percezione che il suffragio universale – il «politico» per eccellenza – non ha affatto introdotto il regno della virtù, e che esso può anzi rivelarsi clamorosamente inadatto a selezionare una classe politica capace ed autorevole. 3. Lo Stato di diritto è certamente formula di carattere statualistico che punta ad opporre alla società dei cittadini politicamente attivi della rivoluzione principii che tendono ad esaltare la centralità della autorità politica, a volte attraverso il richiamo al principio monarchico quale criterio fondativo della dimensione originaria e non derivata del potere, a volte contrapponendo decisamente alla sovranità popolare dei cittadini la sovranità della nazione impersonata dallo Stato. Tuttavia, si tratta

sicuramente di uno statualismo liberale, nel senso che questo recupero di autorità da parte dello Stato è ritenuto dalla parte migliore e più consapevole della dottrina del tempo funzionale ad una più sicura tutela dei diritti: al tempo delle garanzie politiche subentra quello delle garanzie giuridiche, al primato della legge quale espressione della sovranità popolare subentra quello della legge quale manifestazione del potere formale e neutrale – e perciò ben più affidabile e rassicurante – dello Stato sovrano. 4. Tutta questa vicenda ha un significato profondo non solo per la storia delle libertà, ma anche per quella delle forme di governo e di Stato. Se si eccettuano certe versioni estreme del principio monarchico tedesco, la critica al predominio del legislatore rivoluzionario non assume mai, o quasi mai, il significato di un'opposizione radicale e polemica. È piuttosto il tentativo di sostituire ad una costituzione monistica che come quella rivoluzionaria puntava ad individuare una *suprema potestas*, quella legislativa, una costituzione equilibrata, costruita secondo la tecnica tipicamente britannica dei pesi e dei contrappesi, che al legislativo sappia affiancare un esecutivo dotato di una propria autonoma sfera, ed all'amministrazione che di quell'esecutivo fa parte sappia affiancare il sindacato dei giudici. È questo certamente il disegno di Vittorio Emanuele Orlando per l'Italia, o anche di buona parte della dottrina liberale francese della Terza Repubblica, ed anche per la Germania si dovrebbe rivedere sotto questo profilo la storia intricata del principio monarchico, per scoprire questa sua duplice natura: qualche volta sicuramemente presunta «essenza» del potere da contrapporre al parlamento, ma qualche altra volta semplice controbilanciamento di quel parlamento, più secondo la lezione del costituzionalismo britannico che non secondo le linee di una secca apologia del potere autocratico della burocrazia e dell'esecutivo.

Un'ultima notazione, che serve più che altro a dissipare un possibile equivoco. Ciò che qui abbiamo tentato non è affatto una sorta di rivalutazione della cifra di liberalismo presente nella giuspubblicistica europea della fine del secolo scorso. Abbiamo piuttosto voluto mettere in luce come nel-

l'età dello Stato liberale di diritto compresa tra gli ultimi decenni del secolo scorso e gli anni venti del nostro secolo vi sia stato un liberalismo europeo che è stato in buona misura quello dei giuristi: per l'appunto lo statualismo liberale dei giuristi europei.

Siamo anche convinti che quella che abbiamo descritto sia stata l'ultima grande forma di liberalismo storicamente vincente. Essa inizierà la sua parabola discendente quando a partire dagli anni trenta si aprirà un nuovo grande ciclo di primato del politico, e si tornerà a discutere di *suprema potestas*, di soggetto titolare della sovranità, di potere costituente, d'indirizzo politico, di regime politico, di primato della costituzione come fondamentale scelta per un determinato sistema di valori. È questo un ciclo che giunge fino a noi, attraversando anche le costituzioni democratiche dell'ultimo dopoguerra, come quella italiana del 1948. Queste costituzioni riprenderanno certamente la tradizione racchiusa nella formula dello Stato di diritto, ma non a caso aggettivandola, con «sociale», «democratico», o altro ancora, per significare, in definitiva, che la costituzione come centro del sistema politico e sociale non può più essere solo norma ordinativa dei poteri e delle regole di condotta, ma deve essere anche *Grundordnung*, che sceglie i fini ed i valori di fondo in senso prescrittivo, in ultima analisi nella sfera del politico.

Questo secondo grande ciclo di primato del politico – apertosi negli anni trenta, ed entro cui si sono inserite, seppure con la loro specificità ed originalità, le ultime costituzioni democratiche – sembra per altro oggi di nuovo in crisi, come già accadde a partire dalla metà del secolo scorso nel caso del primo ciclo, quello della rivoluzione. Oggi come allora, nell'ultimo quarto del secolo ventesimo, in singolare e simmetrica corrispondenza con l'ultimo quarto del diciannovesimo, si torna infatti, e non a caso, ad invocare lo «Stato di diritto»: tanto che si potrebbe pensare che la vera forza di tale formula sia quella di essere profondamente incardinata nella storia costituzionale europea quale formula propria e

specifica di un particolare e sempre ricorrente tempo storico, che è quello della disillusione politica. E se dovessimo rispondere, sulla scorta di queste nostre considerazioni, alle domande che ci eravamo posti all'inizio circa la permanente attualità di una tradizione europea dello Stato di diritto come forma di Stato, dovremmo dire che l'essenza di tale tradizione è data ancora oggi dall'immagine di un rifugio rassicurante e sempre disponibile, al quale è comunque possibile ritornare ogni volta che la bufera si fa troppo forte, che decadono gli ideali ambiziosi di una costituzione che voglia essere indirizzo fondamentale e pervasivamente prescrittivo.

Attenzione, però: questa volta, non è affatto detto che il rifugio al quale si vorrebbe tornare sia ancora in ordine, pronto ad accoglierci. Un «ritorno» di questo genere fu possibile nella seconda metà del secolo scorso, nella grande stagione dello Stato liberale di diritto, essenzialmente per un motivo, perché allora, dopo la tempesta rivoluzionaria, fu possibile associare un rinnovato primato del diritto alla rassicurante e forte immagine dello Stato sovrano. La grande fortuna della dogmatica dello Stato come persona giuridica si spiega così, perché in essa fu possibile soddisfare sia l'aspetto dell'equilibrio, del limite e della garanzia che quello della unità e della sovranità.

Oggi, un'operazione di questo genere appare francamente improbabile. Rimane certamente, come un secolo fa, l'esigenza di trovare una risposta in positivo nel tempo storico, che ancora una volta ritorna, della disillusione politica, ma la risposta non può essere, altrettanto certamente, la medesima di un secolo fa, per un motivo molto semplice: perché non esiste più un «centro» paragonabile a quello ottocentesco dello Stato-persona, che sappia soddisfare contemporaneamente i bisogni di garanzia, ma anche quelli di unità, che insieme attraversano nel profondo la nostra società. Questa volta bisognerà inventare qualcosa di nuovo, ed iniziare a progettare un altro Stato di diritto, che si fondi su una filosofia diversa da quella della tradizione ottocentesca: in ultima analisi, uno Stato di diritto

s e n z a S t a t o s o v r a n o, che al posto di quest'ultimo sappia individuare un «centro» diverso, che tenga conto della più recente esperienza delle costituzioni democratiche, ma che sappia anche andare oltre, magari ripensando ad una tradizione ben più risalente nel tempo, e ben più complessa, di quella liberale ottocentesca che qui abbiamo delineato[9]. Un «centro», ed uno Stato di diritto, che ancora, tutto sommato, non sappiamo immaginare.

[9] È questa la suggestione che ricaviamo, in attesa di ulteriori approfondimenti, dal recentissimo e bellissimo libro di L. MANNORI, *Il sovrano tutore. Pluralismo istituzionale e accentramento amministrativo nel Principato dei Medici (secc. XVI-XVIII)*, Milano 1994.

Il ‘codice’ inesistente. Per una storia concettuale della cultura giuridica nella Spagna del XIX secolo

di *Carlos Petit*

> «Mah, mah! Quante se ne vedono! – fece Carlomagno. – E com'è che fate a prestar servizio, se non ci siete? – Con la forza di volontà, – disse Agilulfo, – e la fede nella nostra causa! – E già, e già, ben detto, è così che si fa il proprio dovere: Be', per essere uno che non esiste, siete in gamba!» [Italo Calvino, *Il cavaliere inesistente*, 1959, p. 6]

I.

Ci sono concetti che si trasformano in testi ed allora la potente carica metodologica della storia concettuale può diluirsi nella più residuale storia delle fonti. Il testo, come fonte che impone allo storico la sua concretezza e la sua logica, nei casi peggiori sottrae alla riflessione il concetto stesso da cui deriva. La presenza della fonte cancella inoltre una storia, letteralmente, di pretesti in cui il lettore più avvertito non incontrerebbe che concetti, quando tale storia non si deforma sotto la specie ingannevole dei precedenti, ugualmente testuali, del testo, che finisce per far perdere la questione del concetto.

Quando si tratta del ‘codice’ il lavoro di ricerca diventa irto di problemi. Alla più generale perdita analitica causata da quell'operazione selezionatrice di idee in cui consiste il processo stesso di testualizzazione, si sommano, come è noto, altre difficoltà aggiunte dal diritto. Nello stesso tempo sapere professionale e ordinamento, sotto il suo imperio si collocano anche quanti sono destinati socialmente alla funzione della sua conoscenza, così che la distanza tra il soggetto che analizza e l'oggetto dell'analisi – tanto ‘naturale’ che vige

come diritto su chi lo studia – si assottiglia e si rimpicciolisce, fino a costituire irrimediabilmente lo specifico problema epistemologico che fa da zavorra alle riflessioni del giurista, sia o non sia egli uno storico.

Ma il codice non è una legge qualunque. Preceduto dal suo titolo preliminare risulta essere una legge particolare sulle leggi di sicura vocazione costituente. Richiede per se stesso una razione addizionale di 'naturalità' che enfatizza l'ostacolo suddetto, dal momento che è compito proprio del codice stabilire le condizioni per le quali i testi giuridici si intendono come tali, o, se si preferisce, le modalità con le quali, con la loro vigenza, mettono in pericolo, come leggi, lo sforzo riflessivo di chi le studia come sapere.

Curiosamente, questa difficoltà offre una portentosa piattaforma di osservazione. La posizione centrale del codice nella nostra esperienza giuridica risolve in partenza un classico problema di metodo nella storia concettuale quale è il postulato di 'fondamentalità' per quei concetti considerati come utili per spiegare una società passata mediante i discorsi che l'esperienza giuridica produsse e nei quali il *Grundbegriff* fa da referente[1]. Detto più semplicemente: nel momento di determinare il suo oggetto lo storico del concetto di codice è esonerato dall'onere della prova.

Questa centralità offre anche un secondo servizio. Nell'inevitabile lotta intellettuale tra concetti e testi provocata dal codice, solo il suo concetto è capace di apportare i materiali necessari per la decostruzione del testo. Da idea a libro, il codice alla fine incarna una tra tutte le sue possibili realizzazioni ideali: la frangia di non coincidenza tra il concetto ed il testo, quindi, costituisce il luogo più idoneo per accogliere l'osservatore che desideri narrare una storia del codice nella

[1] O. BRUNNER-W. CONZE-R. KOSELLECK (edd), *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, I, Stuttgart 1972; 1992[7]; cfr. R. KOSELLECK, Einleitung, I, pp. xiii-xxvii. È il programma di questi seminari: R. GHERARDI-G. GOZZI (edd), *I concetti fondamentali delle scienze sociali e dello Stato in Italia e in Germania tra Otto e Novecento* (Annali dell'Istituto storico italo-germanico. Quaderno 32), Bologna 1992.

sua complessità. Di modo che, se consideriamo di nuovo il valore centrale del codice come legge di leggi nella nostra cultura, alla fine ci imbattiamo in un paradosso assai produttivo, dal momento che il principale ostacolo giuridico che al principio rende difficile l'analisi diventa lo strumento, altrettanto principale, per la sua descrizione dall'esterno dello stesso ordinamento.

Nel partire alla ricerca del nostro concetto naturalmente è necessario resistere alla tentazione più generale – *notitia rerum praeteritarum* o *historia fontium* che dir si voglia – che i testi sempre comportano, con in più le già note difficoltà, che il diritto apporta al problema in questione. Ma in particolare si richiede, inoltre, di neutralizzare l'influenza della già nutrita produzione storiografica provocata dal codice, di fronte alla quale lo studioso del concetto deve necessariamente prendere posizione. Come libro e come norma il codice esige un complesso racconto di commissioni di tecnici, di raccolte di precedenti e tavole di concordanze, di dibattiti parlamentari e commentari di giuristi. Si iniziò attraverso questo tipo di storie in una Spagna senza codice[2] e per mezzo di questo tipo di storie si continua in una Spagna con il codice[3]. I meriti di tale sforzo risultano indiscutibili, ma non si deve sorvolare sulla loro evidente carenza di legitti-

[2] P. GÓMEZ DE LA SERNA, *Estado de la codificación al terminar el reinado de Doña Isabel II*, in «Revista General de Legislación y Jurisprudencia» (RGLJ), 39, 1871, pp. 284-300; F. DE CÁRDENAS, *Memoria histórica de los trabajos de la Comisión de Codificación, suprimida por decreto del Regente del Reino de 1 de Octubre de 1869, escrita y publicada por acuerdo de la misma, siendo ponente ..., vocal de ella*, in «RGLJ», 38, 1871, pp. 5-185, con numerose appendici documentarie nei numeri successivi; J.M. ANTEQUERA, *La codificación moderna en España*, Madrid 1886.

[3] J.F. LASSO GAITE, *Crónica de la codificación española*, I: *Organización judicial*, II: *Procedimiento civil*, III: *Procedimiento penal*, IV: *Codificación civil. 1-2*, V: *Codificación penal. 1-2*, Madrid 1970; J.M. SCHOLZ, *Spanien*, in H. COING (ed), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, III 1: *Das 19. Jahrhundert. Gesetzgebung zum allgemeinen Privatrecht*, München 1982, pp. 397-686; C. PETIT, *Derecho mercantil: entre corporaciones y códigos*, in P. GROSSI e altri (edd), *Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales*, I (Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, Biblioteca 34/35), Milano 1990, pp. 315-500, qui pp. 380-500.

mità intellettuale. Coloro i quali furono maggiormente implicati nella redazione dei codici realizzarono proprio ricostruzioni di questo tipo, e ciò obbliga a supporre che sul tentativo pesava il problema sostanziale della riforma legislativa ben più dello sforzo secondario della sua semplice comprensione. Ed è indiscutibile che in una storia scandalosamente legiferante il metadiscorso sul codice finisca per essere attratto e disciplinato dal codice stesso.

Non ho presente solamente il modello spagnolo, sebbene è in esso che si è giunti a livelli di mancanza di sensibilità difficilmente immaginabili[4]. La situazione non è molto più lusinghiera in Italia[5] e solo recentemente pare migliorare in Francia[6]. A questi casi paralleli la Spagna aggiunge senza dubbio una peculiarità. Rispetto alla Francia (1804) e all'Italia, dove non mancarono codici nei decenni e negli stati precedenti l'unificazione[7], la storia dei testi giuridici spagnoli offre un così ridotto numero di esempi che sottrae alla cronaca buona parte del suo iniziale interesse. Un effimero codice penale nel 1822; un altro, già più duraturo, nel 1848-50, che costituisce ancora la base di un terzo, nel 1870; un codice di commercio nel 1829, quasi immediatamente inservibile nella pratica; alcune leggi processuali (di procedura mercantile, 1830, e civile, 1855) che non aspirarono nemmeno al titolo di codici; un Codice civile alla fine del secolo (1889), quando si rinnovano le leggi processuali (1881, 1882) e il codice di commercio (1885). I testi non sono molti né molto importanti. E quando il codice alla fine arriva, non si tratta di un testo che si sia semplicemente fatto aspettare: il Codice civile spagnolo[8], senza l'unificazione territoriale del

[4] J. BARÓ PAZOS, *La codificación del derecho civil en España (1808-1889)*, Santander 1992.

[5] R. BONINI, *Appunti di storia delle codificazioni moderne e contemporanee*, Bologna 1987.

[6] J.-L. HALPÉRIN, *L'impossible Code civil*, Paris 1992.

[7] C. GHISALBERTI, *Unità nazionale e unificazione giuridica in Italia. La codificazione del diritto nel Risorgimento*, Bari 1991.

[8] *Código civil. Versión crítica del texto y estudio preliminar*, por J. LÓPEZ LÓPEZ-C. MELÓN INFANTE, Madrid 1967.

diritto privato (artt. 12-15), senza il monopolio delle fonti giuridiche (art. 5 e art. 6 in relazione all'art. 12, secondo paragrafo e agli artt. 1691 e 1692 della Legge di procedura civile del 1881) e senza la statalizzazione del diritto (art. 42, con ampi rimandi al diritto matrimoniale canonico), risultava, in origine, un codice sostanzialmente inesistente.

II.

O forse esistente nel significato non troppo ampio tollerato da una lingua, castigliana o spagnola secondo Sebastián Covarrubias[9], decisamente castigliana per una Real Academia che è anche decisamente spagnola[10]. Una lingua che si normalizza nel secolo XVIII: forse è superfluo ricordarlo, ma la vecchia carta spagnola di storie, lingue e diritti diversi comincia a ridisegnarsi a partire dalla salita al trono dei Borboni[11]. In questi anni, senza sottovalutare l'importanza di altri casi, come il catalano[12], in ordine al discorso giuridico la difficoltà principale procede dal latino. E non è un semplice problema di lingua. Quella che comporta il volgare implica un progetto nuovo[13] ed il codice linguistico può così imporre al codice giuridico le sue regole.

[9] Sebastián DE COVARRUBIAS, *Tesoro de la lengua castellana o española*, Madrid, Luís Sánchez, 1611 (rist. anast.; Barcelona 1943). Il titolo conservava i suoi dubbi: per il re Filippo III, nell'autorizzazione alla pubblicazione, si trattava di «un libro intitolato *Tesoro de la lengua española*»; per il Consiglio che valuta il libro, e secondo la certificazione del suo notaio, è «un libro intitolato *Tesoro de la lengua castellana*», e su ciò coincidono le censure di Pedro de Valencia ed il contratto che stipulò Covarrubias con il tipografo (ed. cit., pp. vii-viii).

[10] Dal suo primo *Diccionario de la lengua castellana reducido a un tomo para su más fácil acceso*, Madrid 1780 (rist. anast.; Madrid 1991), fino all'ultimo pubblicato nel secolo XIX: *Diccionario de la lengua castellana por la Real Academia Española*, Madrid, Hernando y Compañía, 1899[13].

[11] P. FERNÁNDEZ ALBALADEJO, *Fragmentos de monarquía. Trabajos de historia política*, Madrid 1992, pp. 353 e ss.

[12] S. SOLÉ I COT, *La llengua dels documents notarials catalans en el periode de la decadència*, in «Recerques», 12, 1982, pp. 39-56.

[13] B. CLAVERO, *El Código y el Fuero*, Madrid 1982.

1780. Primo *Diccionario* del castigliano, della Real Accademia, sebbene preceduto da alcune *autoridades* che qui non prendiamo in considerazione[14]. Leggiamo.

«*Codigo*. Raccolta di leggi o costituzioni di un sovrano, che prende nome dal principe che ha ordinato di effettuarla o dall'autore che effettivamente l'ha effettuata, come il codice di Teodosio, il codice di Giustiniano, il codice Carolino, il codice Gregoriano, il codice di Hermogene. Il codice per antonomasia è quello di Giustiniano, che è parte fondamentale del corpo del diritto civile dei Romani e del quale si fa uso nelle università. *Legum codex*».

In questo grande momento normativo del castigliano pare che non si sappia prescindere dal latino, per quanto il confronto di questa definizione con la voce corrispondente del *Tesoro* di Sebástian de Covarrubias, di un secolo e mezzo più antico, mostri come la relazione fra il latino e il castigliano nel Settecento sia stata invertita:

«*Codigo*. Si disse dalla parola latina *codex* ...in primeva significatione idem est codex et cautex nempe truncus, vel stipes arboris cui cortex detrahitur. Dicitur etiam liber; codex item tabulae accepti et expensi, in quibus transferentur omnia, quae in adversariis ad tempus scribentur. Codice, un corpo di libri di diritto civile».

Covarrubias termina col castigliano là dove l'Accademia userà il latino, ma la continuità semantica di un vocabolo che rimanda ancora ai corpi giuridici romani non vede alterata, con l'espressione castigliana, il suo contenuto giuridico: per «raccolta di leggi di un sovrano» si continua ad intendere

[14] Ma non posso non ricordare il *Diccionario de la lengua castellana, en que se ecplica el verdadero sentido de las voces, su naturaleza y calidad...*, che è quello chiamato «de Autoridades», II, Madrid, Francisco del Hierro, 1729 (rist. anast.; Madrid 1964), s.v. *código*: «S. m. Uno dei corpi o libri di cui è composto il Diritto civile. Si chiamò così perché il suo contenuto era scritto in tavole di legno, che in latino si chiamano *Codex*. Lat. *Codex justinianeus*. Guev. M. A. Prologo: Con il garbo con cui il paesano pronunzierà una mezza dozzina di maliziosità in Consiglio, il giurista postillerà due o tre leggi del *Codice*. Salaz. de Mend. Dign. de Cast. lib. 3. cap. 15. Da molte leggi raccolte nei *Codici* di Teodosio e Giustiniano e dai racconti storici, si sa che gli Imperatori avevano *duces* con giurisdizione civile e penale».

soprattutto le vecchie raccolte romane e il codice per antonomasia risulta quello di Giustiniano. Da qui l'uso universitario del diritto romano, come recita la Real Accademia, argomento conosciuto meglio per il secolo XVIII che per il XIX e sul quale non possiamo trattenerci[15].

Fermiamoci per ora agli inizi dell'Ottocento. Alcuni testi solenni, che si definiscono costituzionali, dal 1808 al 1812 menzionano i codici come una specie di leggi la cui redazione resta affidata alla attività futura del legislatore[16]. Bayona, 1808. «Le Spagne e le Indie saranno governate con un solo codice di leggi civili e penali» (art. xcvi), «Ci sarà un solo codice di commercio per la Spagna e le Indie» (art. cxiii). Cadice, 1812: «I codici civile e penale, e quello di commercio, saranno gli stessi per tutta la Monarchia, senza pregiudizio delle variazioni che in particolari circostanze potranno apportare le *Cortes*» (art. 258). È in vigore questa seconda legge costituzionale quando viene elaborato dalle *Cortes*, o parlamento, un Codice penale (1822), che ha effettiva, anche se conflittuale, validità[17]. Sotto queste stesse *Cortes*, in cui siedono anche membri della Real Accademia, si continua la pubblicazione del *Diccionario*. La sua sesta edizione, apparsa insieme al Codice del 1822 ignora naturalmente la sua promulgazione nonché il mandato dell'art. 258 della Costituzione del 1812: la definizione della voce è la stessa del 1780 con la semplice eliminazione del riferimento finale all'insegnamento del codice giustinianeo. Ma non basta questo per considerarlo eliminato, a questa data, dalle Università spagnole.

Passano gli anni. Ancora leggi costituzionali che prometto-

[15] R. RIAZA, *El Derecho Romano y el Derecho Nacional en Castilla durante el siglo XVIII*, in «Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales», 12, 1929, pp. 104-124.

[16] I testi in R. RICO LINAGE, *Constituciones históricas. Ediciones oficiales*, Sevilla 1989, con la riproduzione dei testi pubblicati nella *Gaceta de Madrid*, nella sua lunga storia non sempre organo ufficiale. Il contesto in B. CLAVERO, *Manual de historia constitucional de España*, Madrid 1989.

[17] A. FIESTAS LOZA, *Algo más sobre la vigencia del Código Penal de 1822*, in «Revista de Historia de Derecho», 2/1, 1977-78, pp. 55-77.

no codici (1837, art. 4; 1845, art. 4; 1869, art. 91; 1876, art. 75) ed ancora codici che diventano leggi effettive (Codice di commercio, 1829; Codice penale, 1848). Una variegata produzione di 'catechismi' indottrina i cittadini anche nella questione dei codici[18]. Il *Diccionario* della Real Accademia rimane impassibile, insistendo nella definizione del 1780[19]. Le novità non arrivano fino alla dodicesima edizione, apparsa nel 1884, vale a dire in un decennio che vede l'entrata in vigore del Codice civile (1889) e di tutta una nuova generazione di leggi commerciali (1885) e processuali (1881, 1882). Si aggiungono voci: «*Codificar*. Riunire in un corpo ordinato le leggi e gli statuti di una nazione»; si precisano significati: «*Codigo*. Raccolta di leggi o costituzioni che solitamente prende il nome dal principe che ha ordinato di effettuarla, dall'autore che l'ha effettuata o dalla materia di cui si tratta. Codice *Teodosiano*; Codice *Giustinianeo*; Codice *Penale*. Per antonomasia, quello di Giustiniano. Ant. *Codice*». Insieme all'accezione tradizionale se ne insinua già un'altra, come quella di un codice che è tale in ragione della materia trattata e che prende il nome dal suo oggetto. Non è tanto facile qui considerare il codice come specie di una raccolta che si presenta come genere. Così slegata semanticamente da codice, la parola *recopilación* (raccolta) ha bisogno di una descrizione più estesa, cioè, ancora più tradizionale[20].

[18] *Catecismos políticos españoles. Arreglados a las Constituciones del Siglo XIX*, Madrid 1989: testi dal 1808 al 1902.

[19] Cfr. per esempio *Diccionario de la lengua castellana por la Real Academia Española*, Madrid 1843^{9}, s.v. *código*, p. 170, e *recopilación*, p. 162.

[20] *Diccionario de la lengua castellana por la Real Academia Española*, Madrid 1884^{12}, s.v. *recopilación*, p. 907: «Compendio, riassunto o riduzione di un'opera o di un discorso. – Raccolta di cose varie. Ricapitolazione delle leggi. – Raccolta ufficiale delle leggi di questi regni, pubblicata per ordine del re Filippo II nel 1567; alla quale servì come base, corrette emendate e riviste, una compilazione di molte prammatiche già impresse nel 1532. – *Novísima Recopilación*. Libro nel quale appaiono riunite ordinatamente, dopo essere state riviste, corrette ed emendate, le disposizioni di carattere legale che non erano cadute in disuso ed erano state incluse nella *Recopilación*, o circolavano in fogli sciolti. Fu fatta promulgare e porre in esecuzione come legge del regno il 15 luglio 1805. *Nueva Recopilación*. Nona edizione della *Recopilación*, fatta nell'anno 1775».

Quando il secolo è finito ed è ormai in vigore da dodici anni il Codice civile, la tredicesima edizione del *Diccionario* porta a termine l'evoluzione. Appare per la prima volta «*Codificación*: Azione ed effetto del codificare». Si precisa la portata di «*Codificar*. Fare o formare un corpo di leggi metodico e sistematico». Anche di «*Código*. Corpo di leggi secondo un piano metodico e sistematico. Raccolta delle leggi e statuti di un paese. – Per antonomasia, quello di Giustiniano – Ant. *Códice*». Naturalmente la vecchia raccolta romana continua ad essere il modello e la seconda accezione considera ancora il codice la raccolta delle leggi di un paese, ma il codice, in un significato meno tradizionale, non esige ormai solo l'unità della materia: il metodo ed il sistema sono gli elementi nuovi che lo definiscono. Si affaccia nel *Diccionario* della Real Accademia un Codice civile che non pare una questione esclusiva di tribunale; il nuovo testo impone il riconoscimento di un concetto, almeno, anch'esso nuovo, per gli scopi normalizzatori del *Diccionario*.

Ma la tradizione presenta la stessa importanza della novità. Pur con un Codice civile, da allora ai nostri giorni e nella nostra lingua codice continua ad essere la «raccolta delle leggi o statuti di un paese» e «per antonomasia, quello di Giustiniano»[21]. Non è una questione che dobbiamo dare per scontata, poiché un uso così ampio del vocabolo *codigo* non è condiviso da altre lingue romanze. Non si deve nemmeno pretendere troppo da un *Diccionario* che non ha mai preteso di presentarsi come discorso giuridico preciso. Ma è opportuno almeno chiedersi se non saranno problemi concettuali dei testi di diritto ad influire sul lessico ufficiale della Real Accademia; se non sarà che il Codice civile, forse per essere calvinianamente inesistente, lascia traccia della sua vacuità nel *Diccionario* e impone alcuni usi alla lingua parlata. Presto esamineremo dei materiali che ci permetteranno di avanzare in questa direzione.

Naturalmente i termini sono molto cambiati tra il 1780 e il

[21] Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, Madrid 1992[21], s.v. *código*.

1992, con il momento decisivo del 1899; tuttavia ancora oggi con codice si intendono molte cose. La ricorrente accettazione del Codice di Giustiniano come modello documenta tutta una tradizione giuridica sostantiva: nel suo momento, un momento prolungato fino al Codice civile, e anche dopo, in uno Stato carente, che non ha ottenuto l'unificazione del diritto privato, la menzione del vecchio *Codex* ha significato l'apprezzamento del valore di *ius commune* di un diritto romano «del quale si fa uso nelle università», come riconosceva il nostro *Diccionario* nella versione originale del 1780. Più o meno rimpiazzato il *Codex* dal Codice al tempo della tredicesima edizione (1899), nella cultura del secondo ha potuto sussistere l'immagine già imprecisa di un diritto romano visto come fondamento occasionale di alcune regole del diritto privato, al quale contribuisce da allora una antica letteratura di concordanze, motivi e commentari[22], ma anche, ed è questo un problema che aspetta di essere studiato[23], come base generale di un diritto privato che non giunse ad articolarsi sul principio della libertà. In un panorama letterario dominato da libri di testo elementari, alcuni veramente deplorevoli, una seria applicazione agli studi romanistici non si concepisce nemmeno[24].

Più discretamente il *Codex* era ancora *código* nel *Diccionario* del 1899, dopo il Codice del 1889, in quanto esempio storicamente rilevante di «raccolta delle leggi e statuti di un paese». Già sappiamo che tale Codice non ha comportato l'unificazione del diritto civile spagnolo, dal momento che

[22] Florencio GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código cvil español*, I-IV, Madrid 1852, rist. anast., Barcelona 1973.

[23] Costituisce un'eccezione, come sempre, B. CLAVERO, *El Método entre infieles o el Código en España*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico», 20, 1991, pp. 271-317.

[24] Mi permetto di richiamare l'attenzione sulle sconsolate, a volte indignate, ma sempre intelligenti recensioni di G. HÄNEL in «Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes» («Kritische Zeitschrift»), 3, 1831, pp. 306-310 (sugli *Elementos de historia del Derecho Romano* di José MUÑOZ MALDONADO, Madrid 1827) e 19, 1847, pp. 16-41 (sul *Tratado elemental del derecho civil romano y español* di Ramón MARTÍ Y DE EIXALÁ, Barcelona 1838).

sono stati mantenuti, come recita il titolo preliminare, alcuni diritti privati territoriali che sono rimasti fino ai nostri giorni in attesa di una definizione legislativa e assai dispersi in raccolte storiche per le quali contava, nei termini pratici che sono latenti sotto alcune traduzioni, il vecchio Codice di Giustiniano. Il significato di *código* che persiste nel *Diccionario* della Real Accademia è coerente con i dati del diritto positivo, non sempre codificato, che presenta fino alle *compilaciones forales* l'ordinamento spagnolo. In altre parole e con un Codice a metà, l'altra metà deve necessariamente consistere in una semplice «raccolta di leggi o costituzioni di un sovrano», in qualche «collezione di leggi o statuti di un paese».

Rispetto all'Europa dei codici la Themis ispanica conservava – ed ancora conserva – i suoi *arcana* di sempre, così suggestivi agli occhi degli stranieri[25]. Proseguiamo senza esitazione nella lettura, che deve concentrarsi su un termine che ha già fatto la sua apparizione. Il codice come raccolta coincide con un'altra definizione accademica, quella del termine *recopilación*. È sufficiente ora esaminare i termini. 1780: «*Recopilación*. La collezione di varie cose; e così chiamano *recopilación* i libri nei quali sono contenute tutte le leggi. *Collectio, collecta*». 1992: «Collezione di scritti diversi, *recopilación de las leyes*». Non sono le prime accezioni, non specifiche per le nostre osservazioni di giuristi, le uniche che da questo punto di vista interessano: l'edizione del 1992 definisce con una certa preziosità due raccolte storiche castigliane – per la Real Accademia, «delle leggi spagnole» – quella denominata *Nueva* del 1567 e la *Novísima*, ora spagnola anche per il compilatore dell'epoca, del 1805. È così dal 1884, ma non sono questioni che interressano ora.

Ne consegue che, sebbene con formulazione diversa, una *recopilación* è la stessa cosa sia nel 1780 che nel 1992, o, per essere più precisi, nel 1884, anno della undicesima edizione

[25] Gerardo E. FRANKENAU, *Sagrados misterios de la justicia hispana* (1703), tradotto e curato da M.A. DURÁN RAMAS, presentazione di B. CLAVERO, Madrid 1993.

del *Diccionario*, quando appare per la prima volta la redazione attuale. I codici, prima, ed il Codice, dopo, non introducono qui cambiamenti di rilievo; la *recopilación* appare così una cosa del passato, e come tale indifferente alle novità, e si potrebbe ancora intendere che la prolissità storicista del *Diccionario* dal 1884 contribuisca semplicemente a far risaltare la perdita di ogni valenza giuridica della voce *recopilación*. Senza dubbio la necessità di passare a questo termine, quando ci si interroga sul *código* dimostra che le cose sono un poco più complicate: la forza teorica della *recopilación* si proiettava – ed ancora si proietta nella lingua castigliana – dal *código*, che è «*recopilación* di leggi e statuti» nella sua seconda accezione.

Non era solo una questione di termini. Un verbo *recopilar*, sebbene con una definizione non specifica, non è mai mancato dal 1780: «Compendiare, raccogliere o unire diverse cose. *In compendium redigere, breviare*»; persiste fino ai nostri giorni, con un'aggiunta del 1884 che considera «specialmente» il raccogliere «opere letterarie». Più moderno risulta il verbo *codificar*, che penetra nel *Diccionario* del 1884 e presto, nel 1889, si trasforma, come abbiamo visto, in un «Fare o formare un corpo di leggi metodico e sistematico» che nel 1992 perdura ancora come prima accezione. Solo dal 1899 esiste per il *Diccionario* la *codificación*: «azione ed effetto del codificare».

Nel 1889 l'apparizione del Codice civile costituisce ancora una volta la circostanza alla quale attribuire le modificazioni del lessico accademico, in relazione alla diversa portata che presenta, nel 1884 e 1899, *codificar*, ma è una conclusione che conferma le impressioni precedenti e non merita attenzione. Al contrario interessa accentuare la tensione tra il vecchio sostantivo, *código*, ed il nuovo verbo, *codificar*, con *codificación* come sostantivazione ancora più recente. Se noi fermiamo l'attenzione sui termini ma prescindiamo per un momento dalle loro definizioni, è sicuro che *código* è sempre esistito, con quello di Giustiniano «per antonomasia», ma *codificación* è documentato a partire dal 1899.

E qui sta il nuovo. Situare alla fine del secolo XIX *codificar*

e *codificación* sembra una scoperta modesta ma racchiude un enorme significato, tanto più che il programma intellettuale della *Begriffgeschichte* che ci ha convocato ci insegna a non disprezzare mai le ovvietà. In Spagna ci fu *código* prima che *codificación*. Abbiamo avuto dal principio «collezione», «raccolta delle leggi o costituzioni e statuti di un paese», ma solo alla fine una «azione ed effetto del codificare» intesa come «fare o formare un corpo di leggi metodico e sistematico». Ma anteriormente c'erano stati i codici, anche un Codice civile: si direbbe allora che il giurista spagnolo del XIX secolo, come quel Monsieur Jourdain che parlava in prosa senza saperlo, fece i suoi codici senza codificare, codificò senza codificazione. E da tutto questo derivarono i risultati del processo.

III.

Lasciamo in sospeso questa linea argomentativa per complicare ancora di più il panorama. Una prima costatazione: non sempre riscontriamo differenze tra il *Diccionario* ufficiale ed i dizionari specificamente giuridici che vengono redatti, con risultati differenti, in epoca anteriore a quella nella quale l'«azione e l'effetto del codificare» penetravano nella Real Accademia e giungevano a produrre tali «corpi di leggi disposti secondo un piano metodico e sistematico». Il primo di cui sono a conoscenza, anonimo, è un'opera di scarso valore, significativa proprio per la sua superficialità: riflette un quadro di riferimenti per la pratica giudiziaria assai depauperato, dove come «voci di uso più frequente nei tribunali di Giustizia» possono apparire i termini più pittoreschi[26]. Per quello che qui ci interessa, questo dizionario risulta copia fedele di quello della Real Accademia: per cui

[26] *Diccionario judicial, que contiene la explicación y significación de las voces que están más en uso en los Tribunales de Justicia*, por D.J.F.A., Madrid, Miguel de Burgos, setiembre de 1831 (rist. anast., Valencia 1992). Cfr. per esempio *caravana*, p. 61: «Insieme di persone che in Asia e Africa si riuniscono per fare un viaggio»; *coima*, p. 77: «Il diritto che si pagava al biscazziere per l'approntamento dei tavoli da gioco».

código è una «raccolta di leggi o costituzioni di un sovrano, che prende il nome dal principe che ha ordinato di effettuarla, o dall'autore che effettivamente l'ha effettuata», e la stessa cosa succede con *recopilación*: «La collezione di varie cose, e così chiamano *recopilación* i libri dove sono raccolte tutte le leggi». Mancano del tutto indicazioni più precise ai codici in vigore, come quello commerciale.

Questo *Diccionario judicial* non merita ulteriori commenti. Un universo giuridico tradizionale nei concetti, primitivo nella tecnica, necessariamente sconnesso con i dati del diritto positivo che già alla fine del regno di Fernando VII vengono introducendosi nell'ordinamento, permette di vedere concentrata in quest'opera la cultura del giurista spagnolo del XIX secolo. Ma ora si richiede la consultazione di altro materiale. A Parigi, nello stesso anno 1831, Joaquín Escriche pubblica un più sostanzioso *Diccionario razonado de jurisprudencia y legislación*. In relazione al ridotto *Diccionario judicial* il peso del libro e la mole delle informazioni sono aumentate considerevolmente, ma il lettore si accorge con sorpresa che l'opera di Escriche, assai apprezzata in tutto il XIX secolo, non offre risultati significativi per lo scopo che ci siamo prefissi. O forse sì: è significativo che il giurista di professione dipenda ancora dalle definizioni lessicali della Real Accademia.

Utilizzo per le mie verifiche un'edizione parigina di Escriche risalente al 1869, sicuramente destinata al mercato latinoamericano ma con testi legali spagnoli in appendice, in particolare il Codice di commercio e la Legge di procedura civile (1855). Si veda la voce *código*: «La raccolta delle Costituzioni degli imperatori romani, fatta per ordine di Giustiniano e divisa in dodici libri; si chiama inoltre codice il corpo delle leggi di qualunque altro Stato». Vengono poi definiti i diversi codici, da quello fondamentale, «la Costituzione dello Stato», a quello penale, «la raccolta delle leggi che stabiliscono i delitti e le pene che debbono essere comminate a quelli che li commettono», vale a dire, si introduce la definizione della materia codificata che, come abbiamo visto, non è ancora ammessa a questa data dalla Real Acca-

demia, ma in nessun caso appare in questo libro un riferimento a dati del diritto spagnolo coevo: a codici cioè che, tanto quello commerciale quanto il penale o il processuale, hanno già fatto la loro comparsa in questi anni.

Non appaiono questi codici, ma altri sì. E la scelta della materia risulta propriamente una scelta di concetti. «I nostri Codici principali sono il *Fuero Juzgo*, il *Fuero viejo de Castilla*, il *Fuero Real* e *Leyes del Estilo*, le *Siete Partidas*, l'*Ordenamiento de Alcalá*, l'*Ordenamiento Real*, le *Leyes de Toro*, la *Recopilación*, le *Ordenanzas de Bilbao* e il *Código de Comercio*»[27]. L'orizzonte del giurista di professione continua ad essere quello delineato dal *Diccionario* della Real Accademia. Per la lingua e la giurisprudenza spagnole parlare di codici è, innanzitutto, evocare quello di Giustiniano; si offre, poi, una seconda accezione, che deve essere sicuramente ampia, se la descrizione del caso nazionale copre da un vecchio libro di leggi visigote (654) in versione volgare del secolo XIII fino al codice mercantile del 1829. Del Codice penale vigente non si fa parola, sebbene Escriche dedichi molte pagine del suo *Diccionario* a questioni penali[28]: in mancanza di uno studio esauriente di quest'opera e delle sue edizioni, non sempre autorizzate, è senza dubbio difficile conoscere la portata e la paternità di determinate omissioni.

Queste non riguardano, come era prevedibile, la voce

«*Recopilación*. L'ultimo dei nostri Codici, che si pubblicó per la prima volta nell'anno mille e cinquecentosessantasette sotto il regno di Filippo II, e contiene le leggi che si erano andate promulgando dalla formazione delle *Siete Partidas* e *Fuero Real* in tempi e circostanze diversi, come anche molte che erano contenute in codici anteriori, per esempio alcune del *Fuero Juzgo*, e di quelle chia-

27 Joaquín ESCRICHE, *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, Paris, Garnier Hermanos, 1869, s.v. *código*, pp. 457-458.

28 Come al processo con la presenza di giurati, in origine una voce che meritò un'edizione a parte: J.A. ALEJANDRE, *La justicia popular en España. Análisis de una experiencia histórica: los Tribunales de Jurados*, Madrid 1981, pp. 106-107.

mate *Leyes del Estilo*, quasi tutte quelle dell'*Ordenamiento de Alcalá* e le famose ottantatre *Leyes de Toro*...».

Segue la descrizione dell'ultima *Novísima Recopilación*, che «non è... un corpo legislativo completo» ma risulta ancora una colonna portante dell'ordinamento spagnolo per quello che riguarda il suo concatenamento con altre raccolte ed i criteri per integrare le lacune. I testi giuridici menzionati coincidono, come vediamo nelle due voci *código* e *recopilación*, che ancora sembra il genere rispetto a codici specifici. Un'ultima osservazione: nella galleria di Escriche compaiono solo fonti castigliane.

Sono questioni che, come vedremo, si ripetono. Si ripetono anche le definizioni. In un altro *Diccionario* ancora più conosciuto, impresa del principale editore di stampa giuridica dell'Ottocento spagnolo, la continuità con Escriche e con la Real Accademia è totale: il titolo di quest'opera menziona alcuni «antichi codici spagnoli, dal *Fuero Juzgo* a la *Novísima Recopilación* inclusi» e inevitabilmente condiziona le voci corrispondenti[29]. «*Código*. Corpo o raccolta delle leggi di uno Stato. Per antonomasia si intende quello che si fece per ordine di Giustiniano, raccogliendo le Costituzioni degli imperatori romani». E si precisa:

«I nostri codici, o raccolte delle principali leggi, sono il *Fuero Juzgo*, il *Fuero Viejo de Castilla*, il *Fuero Real* e *Leyes del Estilo*, le *Siete Partidas*, l'*Ordenamiento de Alcalá*, l'*Ordenamiento Real*, le *Leyes de Toro*, la *Recopilación*, il *Código de Comercio*, il *Código Penal*, la *Ley de Enjuiciamiento civil*, la legge organica del *Poder Judicial* e la *Ley de Enjuiciamiento criminal*».

Come nel caso di Escriche, per Martínez Alcubilla non c'è soluzione di continuità fra il vecchio libro visigoto e la legge di procedura penale. Sono tutti codici, «collezioni di leggi di uno Stato», in particolar modo, almeno per il numero,

[29] Marcelo MARTÍNEZ ALCUBILLA, *Diccionario de la Administración española ... Son complementos de esta obra los Códigos Antiguos de España, desde el Fuero Juzgo a la Novísima Recopilación inclusive*, II, Madrid 1886^{4}, s.v. *codificación*, p. 351, *código*, pp. 351-352, *Código civil*, pp. 352-366.

quelli che sono detti «codici antichi di Spagna»: si pubblicano ora per uso pratico e devono armonizzarsi con i più recenti secondo una complicata gerarchia delle fonti che intriga anche il giurista. E il codice per antonomasia continua ad essere quello di Giustiniano.

Orbene, che ci siano codici e codici Martínez Alcubilla già lo sa:

«in una accezione più precisa non si intende per *codice* qualunque raccolta di leggi, ma quella che è il risultato della nuova scienza della *codificazione*, e che comprende un insieme omogeneo di disposizioni o articoli ben ordinati su qualunque ramo o materia, come oggi il Codice penale, quello di Commercio, la Legge di procedura civile, etc.».

La distanza che separa una vecchia *Recopilación* o *Fuero* e i libri giuridici che ora si citano è rappresentata, come vediamo, dalla scienza: «Dal verbo *facio* (fare) e dalla voce *codex* (codice), codificazione è la formazione di codici, ma compilati secondo i principi della scienza della legislazione». La sua portata resta indefinita, ma è assai chiaro il contenuto minimo della nuova scienza giuridica: l'applicazione dei suoi principi a materie giuridiche omogenee secondo una buona classificazione sono i requisiti minimi dei codici in questo specifico significato, che ormai non comprende più gli antichi codici spagnoli.

Tra le prime definizioni e questa il panorama è sicuramente cambiato. Sebbene i nuovi codici siano ancora subordinati ai vecchi, nondimeno nella seconda accezione tendono ad assumere nuova dignità con queste pretese di 'scienza'. Che Martínez Alcubilla – il suo anonimo redattore – prendesse o no spunto dalla presenza occasionale di alcuni corsi universitari di «Principi generali di legislazione universale comparata. Codificazione» nei piani di studio di Diritto, rapidamente modificati con sacrificio, tra l'altro, proprio di questo interessante termine[30], ha un certo valore ricordarlo per rap-

[30] A. ALVAREZ DE MORALES, *Génesis de la Universidad española contemporánea*, Madrid 1972, pp. 378 e ss., pp. 382 e ss., per i dati che qui interessano.

presentare elementi di cultura giuridica che circolavano in quel momento.

Sul vischioso mondo dell'insegnamento del Diritto nella Spagna dell'Ottocento[31] non possiamo riportare qui poco più che alcuni esempi, ma sono sufficienti per definire alcuni concetti. Ammantata del valore scientifico che è richiesto ai nuovi codici, nel 1842 la «Codificazione» è materia del corso finale, dottorale, del lunghissimo *curriculum* giuridico che allora si va delineando. Secondo la disposizione ministeriale dettata per l'esecuzione del Piano di Studi mediante il quale vengono definitivamente unificati i vecchi corsi autonomi di Diritto civile e canonico, il professore incaricato dell'insegnamento

> «non solo darà ragione dei differenti metodi seguiti dalle nazioni più avanzate per unificare le leggi in raccolte chiare ed omogenee, ma spiegherà anche quali regole devono essere osservate nella formazione delle stesse leggi e le condizioni scientifiche che devono essere soddisfatte. Con ciò si potrà ampliare lo studio del diritto costituzionale antecedente, nella parte importantissima di organizzazione ed esercizio del potere legislativo».

Questa smisurata pretesa si rivela un sintomo di debolezza. La codificazione scientifica della cattedra di Diritto è legislazione comparata, intesa precisamente come informazione e analisi delle «raccolte chiare ed omogenee» di altri paesi, ma è anche tecnica legislativa e riflessione sui dibattiti parlamentari. Ci soffermeremo su ciò più avanti.

Abbiamo valide testimonanze che possiamo provvisoriamente utilizzare per sapere come viene valutato il nuovo insegnamento. Lo scritto di Florencio García Goyena, di questi anni, contiene riferimenti ad esso e si pronuncia sulla questione fondamentale della formazione dei codici[32]. In un

[31] Ancora una volta precursore, già verso la fine di questo secolo, B. CLAVERO, *Arqueología constitucional: empleo de Universidad y desempleo de Derecho*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 21, 1992, pp. 37-38.

[32] *Código criminal español, según las leyes y prácticas vigentes, comenta-*

progetto di codice penale, che è una semplice sistematizzazione di leggi storiche, con l'aggiunta di quelle nuove, il futuro e frustrato codificatore civile ridicolizza la «mania di codificare», che in seguito avrebbe interessato anche lui, aggiungendo alla lunga citazione di un autore francese non identificato[33], con la quale inizia la sua opera, un divertente riferimento alla novità introdotta nella recente riforma degli studi:

«Che dirà l'autore indicato, che presumo in vita, se arriva a sapere che il nuovo Piano di Studi per la gioventù spagnola contempla addirittura un formale insegnamento di *codificazione*, così che, una volta uscito dall'università, chiunque potrà quotidianamente fare un codice con la stessa facilità con la quale presenta un'istanza!».

Pare che nessuno prenda sul serio questa «Codificazione», che presto viene meno negli studi giuridici: si constata solo la sopravvivenza esplicita della più umile «Legislazione comparata». Lo stesso Piano del 1842 prevede anche una materia di «Codici civili spagnoli, Codice di commercio. Materia penale», che, prevista per il quinto anno del corso di laurea, riveste un'importanza che manca alla «Codificazione», materia poco accessibile relegata al ciclo facoltativo di dottorato, impartito solo a Madrid. Il plurale nella denominazione ufficiale ci indica che nell'ambito di tali «Codici civili spagnoli» uno specifico Codice civile ha poco a che vedere con la Spagna. L'insegnamento risulta semplicemente il risvolto accademico di una realtà testuale: questi codici sono ancora quelli «antichi» che si diceva di Martínez Alcubilla, il quale era intento alla loro diretta pubblicazione e diffusione tra i pratici[34]. A tali codici può aggiungersi senza molti problemi

do y comparado con el penal de 1822, el francés y el inglés, por..., I-II, Madrid, Viuda de Calleja e Hijos, 1843.

[33] Presumo che si tratti dell'autorità del momento, tradotto anche in spagnolo: P. ROSSI, *Tratado de derecho penal. Escrito en francés por Mr. Pellegrino Rossi*, traducido al idioma español por Don Cayetano Cortés, I-II, Madrid, José María Repullés, 1839.

[34] Si tratta di materiali ancora da studiare; l'edizione più utilizzata fu sicuramente *Los Códigos españoles, concordados y anotados*, I-XII, Ma-

di concetto il diritto commerciale codificato come novità piuttosto secondaria: l'ordinamento positivo spagnolo non si legge ancora con metodi di esegesi né dà luogo a dogmatiche, poiché la troppo debole costruzione manca perfino di fondamenta[35]. Presto appare una certa letteratura commerciale e penale, con il codice moderno come referente, che non merita l'aggettivo di esegetica[36]. Anche in questo caso, come generalmente nella produzione dei giuristi spagnoli, l'oggetto dell'indagine sono alcuni codici che non reclamano una conoscenza teorica né un esercizio pratico di codificazione. Sono codici editorialmente disponibili e a portata di tutti, al contrario del Codice di commercio pubblicato per negozio privato dal suo redattore ufficiale[37] e del Codice penale che si diffonde in versione detta microscopica[38]. Sono imposti dalla storia e costituiscono semplici raccolte di leg-

drid, Imprenta de La Publicidad, 1847-1851, basato sulla legislazione storica della Castiglia. Altre raccolte si proponevano di includere anche fonti coeve: *Códigos de España y decretos y órdenes de Cortes compendiados y anotados*, I-V, Valladolid 1874-1877, del quale ho potuto consultare solo i primi due tomi: *Las Siete Partidas, compendiadas y anotadas per D. José Muro Martínez. ... Editor Don Mariano Muro López Salgado*, Valladolid, Gaviria y Zapareto, 1875.

[35] Cfr. *Orden de 1 de octubre de 1842*, in A. ALVAREZ DE MORALES, *Génesis*, cit., p. 381 e n. 964: «La storia del diritto spagnolo occuperà il primo mese del corso. Gli altri si impiegheranno nello studio delle istituzioni civili e commerciali. Non c'è necessità di separare il diritto civile da quello commerciale, ma al contrario sarebbe assai conveniente che i professori svolgessero contemporaneamente i due insegnamenti, perché, essendo il diritto commerciale una specialità del diritto comune, in questi corsi elementari è importante rilevare le diversità alla fine di ogni titolo o trattazione».

[36] José DE CASTRO Y OROZCO-Manuel ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Código penal explicado, para la común inteligencia y fácil aplicación de sus disposiciones*, I-III, Granada, Manuel Sanz, 1848; Pablo GONZÁLEZ HUEBRA, *Curso de derecho mercantil*, I-II, Barcelona, heredero de José Gorgas, 1859^{2}.

[37] C. PETIT, *Derecho mercantil*, cit., p. 405.

[38] Marcelo MARTÍNEZ ALCUBILLA, *Código penal de España, cuyo texto se halla arreglado a la segunda edición oficial, con el informe sobre el mismo del Ilustre Colegio de Abogados de esta ciudad, y con notas y observaciones prácticas, por M.M.A.*, Burgos, Imprenta de D. Sergio Villanueva, 1850. È di formato 93 × 65 mm. e fu in origine un omaggio per gli abbonati della «Revista de los Tribunales y de la Administración», una delle im-

gi. La scienza si dice che esiste ma non si chiama in causa, mentre il *Diccionario* della lingua continua ad essere presente.

Continuano inoltre alcune pratiche accademiche produttrici di testi. Il più importante senza dubbio si deve a Benito Gutiérrez, un tipico giurista spagnolo che passa dal seminario alla Guardia Civil e dalle armi alla cattedra di diritto civile, dove alla fine esprime la sua attività professionale[39]. Agli inizi degli anni sessanta Gutiérrez pubblica i *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*[40]. È un opera che risponde ad esigenze universitarie: un insegnamento di «Codici spagnoli» o «Ampliamento del diritto civile spagnolo», che si avverte soppresso nel 1858 ma che a maggior ragione ha bisogno di una trattazione. E, in effetti, la raccolta di Gutiérrez è quanto di meglio danno di sé le aule spagnole in questi tempi in materia di «codici». Il voluminoso trattato richiama immediatamente l'attenzione di Pedro Gómez de la Serna, ma la sua recensione è una riflessione, con il pretesto di Gutiérrez, sull'insegnamento del diritto in Spagna[41]. Se applaude al «metodo dogmatico» seguito da Gutiérrez, la ragione si trova in quei Codici: «Se in Spagna avessimo un Codice civile sul modello della maggior parte di quelli moderni, sarebbe il caso di esaminare se i libri dogmatici... dovessero essere rimpiazzati con corsi esegetici», «Codici» che non offrono spazio a tali corsi: «oggi lo studio esegetico del nostro diritto sarebbe impossibile nelle scuole... Diremo di più: se fosse possibile fare così, lo studio non sarebbe conveniente». La storia e l'esegesi si vivono chiaramente come elementi inconciliabili.

prese del coraggioso Martínez Alcubilla, che giunse anche ad annunciare, portato a termine il progetto del 1851, un Codice civile microscopico: *ibidem*, 1851, p. 318. Si prometteva una nuova edizione del Codice penale: cfr. «Boletín Jurídico» (continuazione della «Revista» sopra citata), 1853, pp. 128, 248, 320 e 336.

[39] Ramón LORENTE, *Necrología: Don Benito Gutiérrez y Fernández*, in «La Crónica Legislativa», 2, 1885, pp. 309-313.

[40] Benito GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, Madrid, Sánchez, 1862 e ss.

[41] In «RGLJ», 21, 1862, pp. 648-652.

Il panorama di fonti che ha davanti a sé il professore di questo corso di «Ampliamento del diritto civile», che più esattamente è cultura di «Codici spagnoli», viene compiutamente descritto nella definizione ufficiale dell'insegnamento data dal 'Consejo de Instrucción Pública'[42]. Si tratta di una notizia riportata nella sua recensione da Gómez de la Serna, che è pur sempre membro del Consejo; lo consideriamo qui come una sintesi delle difficoltà che Gutiérrez deve superare. Si tratta dell'indice sommario dei *Codigos o Estudios*.

«Non disponendo di un testo adeguato per questo insegnamento, il cattedratico farà studiare e spiegherà le materie del diritto spagnolo che si allontanano maggiormente da quello romano, e specialmente i titoli secondo e terzo del libro III della *Novísima Recopilación*; il libro X della stessa, e le leggi moderne che alterano o modificano il diritto antico. Farà anche conoscere ai suoi discepoli i trattatisti che più si sono distinti nella spiegazione di ognuna delle leggi e specialmente quelli che hanno commentato le *Leyes de Toro*».

La vecchia tecnica delle antinomie con il diritto romano, la *Novísima* come elemento centrale dell'apprendimento, la dottrina del *mos italicus* castigliano applicata soprattutto alla lettura delle *Leyes de Toro* (1505) costituisce il quadro del civilista spagnolo di metà secolo XIX. Un quadro romano e castigliano che certamente amplifica il riferimento finale «ai punti principali nei quali si separano i [*fueros provinciales*] dell'Aragona, della Catalogna, Valenza e Navarra dal diritto di Castiglia, facendo un esame comparativo delle une e delle altre istituzioni».

Tra esegesi, dogmi ed antinomie fanno la loro comparsa i *fueros provinciales* che si aggiungono ai «codici spagnoli» senza nome né aspetto di 'codice', per la cui comprensione, anche minima, c'è bisogno della storia. E, in effetti, l'assenza quasi totale di una storiografia giuridica professionale nella Spagna del secolo XIX, come anche l'assoluta carenza

[42] Si veda, inoltre, il *Reglamento de Estudios de 1852*, in «Revista de los Tribunales y de la Administración de Justicia», 1852, pp. 315 e ss., artt. 105-111 nelle pp. 331-332.

di una scienza romanistica, è necessariamente collegata con una pratica del Diritto che non può attingere la storia dagli studi degli avvocati, dalle lezioni dei professori e dalle tribune dei giudici. Molto rare sono le eccezioni, certamente originatesi nei circoli più compromessi con la 'codificazione'[43]. I civilisti, e così Gómez de la Serna, che sembra, ed effettivamente è, una figura onnipresente, cominciano i loro corsi[44] con narrazioni storiche, a scandalo di ciò che allora – sebbene in altre latitudini – producevano i veri storici[45]. A seconda degli ambienti e delle università, i corsi di materie civilistiche tolgono o aggiungono 'codici' alla inafferrabile serie spagnola degli stessi, e così avviene con le *Esplicaciones taquigrafiadas* provenienti da Barcellona[46], la cui parte storica iniziale è sensibile ai *fueros provinciales* non castigliani che sono presenti, come abbiamo visto, nella descrizione ufficiale dell'insegnamento. Ma l'aspetto più interessante della

[43] Francisco [DE] CÁRDENAS, *Estudios jurídicos*, I, Madrid, P. Núñez, 1884, raccolta di lavori precedenti apparsi nella rivista «El Derecho Moderno» (1843 e ss.) interessanti il diritto visigoto. Ci troviamo di fronte a una storiografia guridicamente militante: F. DE CÁRDENAS, *El matrimonio en sus relaciones históricas con el Estado y con la Iglesia*, Madrid 1870.

[44] Pedro GÓMEZ DE LA SERNA-Juan Manuel MONTALVÁN, *Elementos del derecho civil y penal de España. Precedidos de una reseña histórica de la legislación española*, I-II, Madrid, Establecimiento Tipográfico, 1841; III, Vicente de Lalama, 1842. Cfr. I, pp. 7-96, con la rassegna storica.

[45] G. HÄNEL, in «Kritische Zeitschrift», 16, 1844, pp. 331-341.

[46] *Esplicaciones taquigrafiadas de la asignatura de Ampliación del derecho civil y códigos españoles*, Barcelona, Vda. e Hijos de Gaspar, anonime e senza data, ma posteriori, secondo i riferimenti legislativi raccolti, al 1872, pp. 164 e ss.: «Da tutto questo risulta, quindi, che i periodi già studiati non assomigliano in nulla al presente che non offre nessun codice nel quale sia contenuto tutto il diritto, come nelle epoche anteriori, per quanto così lo prescrivano le nostre costituzioni politiche e per quanto siano stati pubblicati il codice di commercio ed il codice penale, posto che esso in nulla si assomiglia alla codificazione delle altre cinque epoche che abbiamo studiato. Ma se non abbiamo un codice civile, abbiamo in cambio importantissime leggi civili che dobbiamo studiare, sebbene prima avvertiremo che tutte le leggi riferentesi alle materie civili di quest'epoca sono contenute in un'opera intitolata oggi *Colección legislativa*, che equivale ad un codice».

lettura risulta un problema concernente il concetto: dalla rassegna storica paradossalmente si conclude che, nonostante i Codici penale e commerciale, l'epoca moderna costituisce nella storia delle legislazioni spagnole l'epoca senza codici, anche se in questa stessa epoca esiste una *Colección legislativa* «che equivale ad un codice» rispetto al quale il lettore dei *Diccionarios* accentua il nome stesso di *Colección*; effettivamente le *Esplicaciones* precisano fin dall'inizio l'esistenza di lacune ed omissioni in questa collezione annuale ed ufficiale di leggi vigenti, vecchio problema del genere.

E si scrivono anche delle storie che sono innanzitutto diritto, dal momento che si tratta, senza codici, di presentare e descrivere i «Codici spagnoli». È la finalità che, sempre per esempio, persegue un certo Ramón Ortíz de Zárate, la cui *Análisis histórico-crítico de la legislación española*[47] presenta per lo meno il merito di penetrare nella descrizione dei monumenti normativi dei primi decenni del XIX secolo. Codice è qui, ancora una volta, qualunque testo giuridico di normale importanza. Certamente si intraprende la stesura di questo saggio per illustrare in tutte le classi giuridiche la confezione dei «nuovi codici generali», i «futuri codici» promessi dalla Costituzione, che ridurranno a storia «i codici legislativi, che dalla fondazione della monarchia spagnola fino al presente erano stati in vigore nella penisola Iberica niente meno che per quattordici secoli». Ma sono questi secondi la parte che risultano la parte principale dell'opera. Con codici in senso stretto, come il penale del 1822 o il commerciale del 1829 che Ortíz de Zárate conosce e descrive, giunge anche a discutere nelle sue pagine se lo Statuto reale, effimera convocazione a parlamento dettata nel 1834, è «codice fondamentale» o «costituzione politica» o nessuna delle due cose, e 'codice' risulta anche il regolamento provvisorio per l'amministrazione della Giustizia del 1835, che «è la parte più interessante della nostra legislazione moderna».

[47] I-II, Vitoria, Egaña y Compañía, 1844.

È legislazione di vocazione spagnola ciò che nella pratica dell'ordinamento contraddicono alcune peculiari circostanze[48], ma non è molto ciò che esprimono al riguardo lo storico Ortíz de Zárate ed il giurista Gómez de la Serna, condannati entrambi, senza codice, ad essere storici in quanto giuristi pratici di 'Codici'. Le notizie logicamente cambiano secondo gli ambiti geografici, ma in generale, come vediamo, non abbondano le informazioni circa questi *fueros provinciales*, argomento complementare dell'insegnamento di «Codici spagnoli» o «Ampliamento del diritto civile». «Peccato che in queste sagge investigazioni si siano completamente dimenticati gli importantissimi monumenti legislativi degli altri regni spagnoli e che questi siano giunti quasi ignorati fino ai nostri giorni, quando fortunatamente si riprende a coltivare questa classe di studi!»[49]: così si può scrivere in Catalogna nel 1847, ma l'ignoranza del legislatore universitario contemporaneo circa le tradizioni non castigliane giunge a situare tra di esse dei *Fueros de Valencia* aboliti da un secolo e mezzo e senza che vi fossero allora propositi di ripristinarli, mentre mantiene il silenzio su un caso basco per il quale non mancano né le fonti né la letteratura, sebbene questa non sia sempre dedicata al diritto privato[50]. Siamo di nuovo davanti a problemi da studiare, che solo la lettura sistematica dei manuali universitari contribuiranno in futuro a chiarire.

[48] Ramón ORTÍZ DE ZÁRATE, *Análisis histórico-crítico*, cit., II, pp. 11 e ss., con riferimento al *Convenio de Vergara* e alla legge *paccionada* del 1841, a proposito dell'annessione, *iure bellico*, della Navarra nella Spagna dei re cattolici.

[49] José Antonio ELÍAS, *Compendio de la Historia de las Instituciones y Derecho de la Monarquía Española y de cada una de los Reinos en que estuvo dividida*, Barcelona, Imprenta Hispana, 1847.

[50] Manuel GARCÍA GONZÁLEZ, *Crítica de los fueros de las provincias de Alava, Guipúzcoa y Vizcaya. Discursos pronunciados en el Senado por los Excelentísimos Señores D. Manuel Sánchez Silva D. Pedro de Egaña y D. Joaquin B. y Aldamar, con notas y documentos oficiales por ...*, Madrid, El Clamor Público, 1864, sull'onda del progetto di bilancio per questo anno.

IV.

Ritorniamo al nostro discorso. Senza grandi pretese di espansione, con «codici» e corrispondenti «storie» appare nel discorso del giurista un concetto di codificazione abbastanza più esigente del vecchio e logoro 'codice'. Si sa in Spagna che la codificazione è una questione polemica di politica giuridica, ma gli scarsi riferimenti a Thibaut e a Savigny – autore che, diffuso tra di noi in francese[51], poco a poco si va traducendo[52] –, quasi sempre risultano di seconda mano[53]: rende questo servizio Eugène Lerminier[54], ugualmente tradotto e manipolato[55]. Con queste stesse fonti fa la sua com-

[51] Carlos IÑIGO, *Indice de las obras existentes en la Biblioteca de la Academia Matritense de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, C. González, 1854, p. 47: di Savigny si cita l'*Histoire du Droit romain au moyen âge*, il *Traité de droit romain* e il *Traité de la possession, d'après les principes de droit romain*.

[52] Manuel TORRES CAMPOS, *Bibliografía española contemporánea del derecho y de la política, 1800-1880, con tres apéndices ... Parte primera: Bibliografía española*, Madrid, Imprenta Fortanet-Librería D. Fernando Fe, 1883, che continua ancora ad essere fonte principale di informazione, cita (nn. 253 e 260) le traduzioni del *Tratado de la posesión, según los principios de Derecho romano*, Madrid 1845, e del *Sistema del Derecho romano actual*, trad. di Jacinto Mesía y Manuel Poley, Madrid 1878-1879. Il n. 221 rimanda a Gustavo HUGO, *Historia del Derecho romano*. Traducida del alemán, según la séptima edición por Jourdain. Revisada por Poucelet, trad. de Manuel Casado Tello, Madrid 1850.

[53] Con informazione diretta, dal momento che troviamo recensioni che non escludono lavori tedeschi (cfr. pp. 90-91), forse scrive l'autore di *La Escuela histórica y la Escuela filosófica*, in «El Derecho, Revista semanal de legislación, jurisprudencia y tribunales» (El Derecho), 1, 1844, pp. 447-461.

[54] Eduardo TRILLO SALELLES, *De la Escuela Histórica en sus relaciones con la legislación*, in «RGLJ», 7, 1855, pp. 150-153; Ciriaco RODRÍGUEZ MARTÍN, *Influencia de la revolución francesa en la codificación civil. De las cuestiones suscitadas en Alemania con este motivo y de los obstáculos que retardan uniformar la legislación civil española*, in «RGLJ», 30, 1867, pp. 161-192; Luis MOROTE Y GREUS, *La codificación civil, su historia, su necesidad*, in «RGLJ», 59, 1881, pp. 28-48. Nella sua relativa povertà la cosa migliore che conosco di tale genere è Fermín HERNÁNDEZ IGLESIAS, *Origen, fundamento y valor del derecho consuetudinario*, in «RGLJ», 23, 1863, pp. 5-49, tesi di dottorato.

[55] E. LERMINIER, *Introducción general a la historia del derecho*, Barcelona, Benito Espona, 1840.

parsa una variegata letteratura di *Prolegomeni*, che è anche insegnamento dal 1842, che inaugura – ancora lui! – un giovane Pedro Gómez de la Serna[56]. Dal momento che presto scompare la «Codificazione» dai piani universitari e in difetto soprattutto del codice civile, questi libri trasmettono almeno alcune nozioni elementari[57].

Per i più avanzati si può contare sull'*Enciclopedia Española de derecho y administración, o Nuevo Teatro Universal de la Legislación de España e Indias* diretta da Lorenzo Arrazola, che conta tra i collaboratori dichiarati i principali giuristi del momento. Benché incompleto, lo sforzo di Arrazola giunge per lo meno fino alle voci che ci interessano[58]: *codificación*, *código civil*, *código penal*, *códigos*, *códigos españoles*, *códigos extranjeros*. Leggiamo in esse di tutto. Come nei casi antecedenti, dal momento che è problema generale dell'ordinamento spagnolo, convivono in esse le fonti ed i concetti più diversi. I titoli ancora una volta risultano espliciti: con piena intenzione Arrazola include nella sua *Enciclopedia ... de derecho y administración* l'ammirevole evocazione di quel vetustissimo *Teatro de la Legislación Universal de España e Indias* composto alla fine del XVIII secolo da uno dei giuristi che maggiormente avversarono la cultura illuminista[59]. La nostra *Enciclopedia* si dimostra così inequivocabilmente 'spagnola'.

Il nuovo di una *Enciclopedia* che è anche *Teatro* convive con

[56] *Prolegómenos del Derecho*, Madrid, Vicente de Lalama, 1845, pp. 134 e ss. su Savigni (!) e Nieburh (!).

[57] Cirilo ALVAREZ MARTÍNEZ, *Nociones fundamentales del Derecho*, Burgos, Arnaíz, 1855; Angel CREHUET Y GUILLÉN, *Prolegómenos o introducción general al estudio del Derecho*, Salamanca, Oliva y Hermanos 1871; Luis MIRALLES SALABERT, *Prolegómenos de la Ciencia del derecho*, Madrid, F. López Vizcaíno, 1871; Antonio José POU Y ORDINAS, *Prolegómenos o introducción general al estudio del Derecho y principios del Derecho Natural*, Zaragoza, Mariano Salas, 1879².

[58] IX, Madrid, Imprenta de la revista de Legislación y Jurisprudencia a cargo de J. Morales, 1856.

[59] B. CLAVERO, *La disputa del método en las postrimerías de una sociedad, 1789-1808*, in «Anuario de Historia del Derecho Español» (AHDE), 48, 1978, pp. 307-334.

la legislazione universale: tra una Spagna e le sue scomparse Indie si collocano, come possono, un 'diritto' e una 'amministrazione'. «Naturalmente nell'uso della voce *código*, abbiamo seguito i romani rispetto all'originario *codex*», ma nel 1856 già si sa che

«la voce *código* ha anche una quarta accezione, più precisa, quando è usata nel significato di una raccolta *omogenea*, che comprende compiutamente tutte le leggi e disposizioni su una materia, ma solo su essa. La raccolta sarà più o meno estesa, ma il suo carattere essenziale è costituito proprio dall'*omogeneità*, e dal fatto che comprenda o svolga interamente uno solo dei rami dell'amministrazione dello Stato, o per quanto riguarda l'aspetto civilistico, o l'aspetto penale... In questo significato la parola *código* è tecnica».

La «accezione più precisa» si dice «tecnica» e risulta con ciò «moderna». Moderna è anche la voce *codificación*: «Voce di creazione moderna... Abbiamo detto che questa parola è moderna e moderno è pertanto il significato in cui si usa, poiché certamente fino al principio di questo secolo non era frequente la formazione di *codici* nel senso stretto che oggi ha questa parola». Senza dubbio sono codici, «ancora nell'accezione moderna» che rimanda come vediamo a *codificación*, il *Fuero Real* e le *Siete Partidas*; il monarca medievale Alfonso X sarebbe un codificatore, come più tardi – cinque secoli dopo – solamente Fernando VII, che promulga nel 1829 il Codice del commercio.

Su oguno di questi codici, quelli storici e quelli contemporanei, esiste o si prevede un articolo specifico, ma quelli detti 'spagnoli' come tali non mancano, con l'atteso contenuto sulla gerarchia delle fonti: «una questione importantissima, cioé, la precedenza tra i nostri differenti corpi legislativi, e l'ordine in cui le loro disposizioni devono essere applicate nella pratica». Sfilano attraverso queste pagine dall'*Ordenamiento de Alcalá* fino al Codice penale con esaurienti riferimenti alle dottrine del *mos italicus* castigliano dall'opera tre volte centenaria di Antonio Gómez. Se consideriamo che la voce *códigos extranjeros* raccoglie informazioni, per paesi, dei codici in vigore, ed è conclusa con alcune «considerazioni generali» risolte tra rudimenti di Thibaut e Savigny: ten-

denza universale all'unità con il peso decisivo del modello francese ed il criterio di specializzazione come applicazione al legislatore del principio economico della divisione del lavoro, la distanza tra la dottrina che si stabilisce a proposito di questi *códigos extranjeros* e la preoccupazione che comportano i *códigos españoles* pare abissale; la *codificación* è «moderna» solo quando collochiamo il suo discorso fuori dalla Spagna.

Nelle sue frontiere, tormentate da una diversità di ordinamenti davanti alla quale si mostra poco sensibile una *Enciclopedia* anche per ciò 'spagnola', l'analisi dei codici risulta contraddittoria perfino per i suoi stessi autori.

«Alcuni non hanno difficoltà nel qualificare come *codici civili* il *Fuero Real* e le *Partidas* – avverte la voce *Código civil* – ma questa accezione, che è la più generica della locuzione *codice civile* non è quella che generalmente le si attribuisce oggi. Da quando il prurito moderno della *codificación* contagiò tutti i popoli, si riconobbe la convenienza di separare in codici differenti le distinte classi di leggi... Sotto la denominazione di civile si compresero quelle che fissavano le relazioni reciproche tra i cittadini».

Sarebbe molto semplice spiegare le contraddizioni con il carattere collettivo dell'opera diretta da Arrazola. Sono pagine che in seguito sono spesso state pubblicate sotto sua esclusiva responsabilità[60], e ciò non basta per una corretta attribuzione; altre volte la relazione tra la *Enciclopedia* e l'opera di Pedro Gómez de la Serna, primo collaboratore secondo la lista di autori del nono tomo, pare evidente. Ma interessa poco la titolarità dei contributi: l'*Enciclopedia* si pubblica come opera collettiva e dobbiamo accettare i suoi articoli come cultura rappresentativa dell'epoca, cosa che sicuramente è.

60 Lorenzo ARRAZOLA, *De la codificación en las principales naciones modernas*, in «RGLJ», 12, 1858, pp. 39-50, 116-133, 193-223, 433-449, 593-625, 746-768, che è la voce *Códigos extranjeros* dell'*Enciclopedia*.

V.

Per i suoi scopi e per quelli dei giuristi un modello naturalmente esiste da anni. Il *Code Napoléon* conosce ripetute traduzioni in spagnolo e si diffondono sempre in spagnolo concordanze e commentari[61]. E fra *Code* e *códigos españoles* sul tavolo di lavoro del giurista l'incontro è inevitabile.

Alcuni, parecchi, a partire dal codice francese si dedicano alla lettura di quelli «antichi di Spagna», quei «codici spagnoli» che campeggiano nelle Università, nel foro e sulla stampa. Per esempio, primo di una schiera abbastanza nutrita, che qui posso solo ricordare rapidamente, il giurista basco Pablo Gorosábel. A Gorosábel si attribuisce generalmente il ruolo di progettista del Codice civile[62], ma la sua opera non giustifica questo giudizio: si tratta di una semplice *Redacción del Código civil de España, esparcido en los diferentes cuerpos del derecho y leyes sueltas de esta nación: Escrita bajo el método de los códigos modernos*[63]. I suoi 1419 articoli, distribuiti in tre «parti» modellate sul *Code*, si devono, secondo la dichiarazione dell'autore, alla lettura della legge francese fatta da un pratico dei «codici», ma si rifiuta qualunque pretesa di innovazione: dal *Code* derivano «piano, metodo, esposizione e ordine delle stesse materie», essendo l'autore in definitiva ancorato alla tradizione romanistica comune al diritto francese e a quello castigliano; dai «codici» proviene la sostanza, secondo le note sulle fonti che rimandano quasi sempre gli articoli ai vecchi testi castigliani. Non manca il Concilio di Trento, in materia di matrimonio, e nemmeno, in generale, una dottrina giuridica che

[61] Manuel TORRES CAMPOS, *Bibliografía española contemporánea del derecho y de la política*, cit., menziona (nn. 2102 e ss., pp. 128-129) le traduzioni del *Code* del 1809 (anonima), 1850 (Pío Laborda y Galindo) e 1875 (Estanislao Figueras), ma è una questione che richiederebbe uno studio a sé; sono varie le edizioni della versione spagnola (1843, 1845, 1847, 'economica' del 1852) delle *Concordancias* di A. Saint-Joseph (F. Verlanga Huerta e J. Muñoz Miranda).

[62] Così già José Maria ANTEQUERA, *La codificación moderna*, cit., p. 46.

[63] Tolosa, Viuda de la Lama, 1832, 326 pp.

non ha nulla dell'esegesi: «opinioni degli autori nostrani più accettati dai giuristi e nei tribunali» prese con ripetute esortazioni alla prudenza. Di contro, non troviamo in Gorosábel la legislazione contemporanea e dell'unico codice allora esistente, il Codice commerciale del 1829, non c'è traccia neppure in materia di contratti.

Insieme al *Código* Gorosábel compone una specie di breviario esplicativo, che però spiega poco[64]. O, se si vuole, lo fa molto e bene: spiega la presenza del *Code*, ridotta al più esteriore adattamento del suo sistema all'antica materia giuridica castigliana, ponendo l'accento proprio su ciò che è più tradizionale; giustifica un *desideratum* che va inteso come «codice» che supera, con i suoi vantaggi, gli inconvenienti di dimensione del testo *novísimo* del 1805, anch'esso alla fine «codice»:

«Allo stato attuale della legislazione niente è più conveniente di una riforma completa e generale, la quale, riunendo in un piccolo volume tutte le disposizioni civili, abroghi tutti i codici, *fueros*, raccolte ed altri corpi legislativi che sono stati promulgati in materia civile».

Si intravvede attraverso la *Redacción del Código civil de España* il panorama intellettuale del *Diccionario*, dal momento che Gorosábel legge un *código* e scrive con questo pretesto e con questo titolo una *recopilación*. È un giurista, un altro giurista, che dimostra la validità delle definizioni della Real Accademia, che informa con il suo fare la cultura dell'Accademia stessa. Senza *Code*, per il suo scopo c'erano già precedenti, almeno in materia penale[65], e non mancavano, nel terreno dei procedimenti, autentici progetti privati che avevano la pretesa di animare discussioni e illustrare il panorama di un ordinamento anchilosato[66]. E assistiamo, anche e

64 Pablo GOROSÁBEL, *Examen de los principios del derecho civil español*, I-III, Tolosa, Juan Ignacio de Mendizábal, 1834.

65 Vicente VIZCAÍNO PÉREZ, *Código y práctica criminal, arreglado a las leyes de España que para dirección de los alcaldes y jueces ordinarios y escribanos reales escribió* ..., I-III, Madrid, Vda. de Ibarra, 1797.

66 M. DE SEIJAS LOZANO, *Teoría de las instituciones judiciairas, con*

soprattutto, a sviluppi successivi. Molto simile a quello di Gorosábel, ma ancora con qualche presenza del diritto che va formandosi dopo la morte di Fernando VII (1833), José María Fernández de la Hoz elabora un *Código civil, redactado con arreglo a la legislación vigente*[67]: identiche istanze conservatrici, gli stessi riferimenti alle fonti, limitazioni delle stesse a quelle castigliane e storiche. In altri territori del diritto e con la perdita del nome di 'codice' si arriva ad elaborare raccolte che rimandano ad un progetto simile[68]. A volte, da questo stesso orizzonte, la diversità proviene dalla materia: senza che allo stato attuale conosciamo il significato pratico dell'opera, si pubblica anche una compilazione sistematica delle disposizioni della tormentata dominazione francese con il titolo *Código español del reinado intruso de José Napoleón Bonaparte*[69]. Un altro codice alla spagnola, sebbene compaia la Francia.

Più che dar conto di alcuni materiali, che naturalmente meriterebbero uno studio meditato, mi interessa constatare l'assenza del nostro concetto. In Fernández de la Hoz e in Gorosábel l'idea tecnica del codice è molto debole, ma l'uso

proyectos formulados de códigos aplicables a España, I: *Proyecto del Código de procedimientos en materia criminal*, e II: *Teoría del Procedimiento en materia criminal*, Madrid, Viuda de Calleja e Hijos, 1841 e 1842. Su un altro testo simile per il processo civile di José María Fernández de la Hoz (1843), cfr. G. HÄNEL in «Kritische Zeitschrift», 16, 1844, pp. 341-342.

[67] Madrid, Eusebio Aguado, 1843, 277 pp.

[68] José Antonio ELÍAS Y ESTEBAN DE FERRATER, *Manual del derecho civil vigente en Cataluña, o sea resumen ordenado de las disposiciones del derecho real posteriores al decreto Llmado de Nueva Planta y de las anteriores, así del derecho municipal, como del canónico y romano aplicables a nuestras costumbres ... Segunda edición, arreglada en vista de la legislación vigente hasta el día y sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, por D. Alejandro Bacardí*, Madrid, Carlos Bailly-Bailliére [nella copia che utilizzo, Biblioteca Nacional, Madrid, segnatura 1/2902, un'etichetta nasconde un'altra indicazione di stampa: Barcelona, Librería de José Ginesta], 1864. La prima edizione si pubblica nel 1842.

[69] Juan Miguel DE LOS RÍOS, *Código español del reinado intruso de José Napoleón Bonaparte, o sea colección de sus más importantes leyes, decretos e instituticiones*, Madrid, Ignacio Boix, 1845.

del termine lo è già di meno: lo supporta il significato assai ampio di un vocabolo che troviamo in uso tra i giuristi con la stessa portata con cui appare nei dizionari ufficiali della Lingua.

Procedendo negli anni, avvicinandosi il Codice civile e l'inevitabile, sebbene tardiva, revisione lessicale della Real Accademia, troviamo altri epigoni di Gorosábel, mentre il genere del codice privato, che è sistematizzazione di antiche leggi castigliane, raggiunge la sua massima espressione. Nel 1872 un avvocato del Collegio di Valladolid, Sabino Herrero, dà alle stampe *El Código civil español*, che si definisce come *Recopilación metódica de las disposiciones vigentes, anotadas con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia*[70]. Qui l'attenzione al diritto contemporaneo è determinante. Si parte obbligatoriamente dalla storia per offrire una rapida rassegna della legislazione castigliana, nella quale emerge l'*Ordenamiento de Alcalá* (1348), come «legge generale» che inaugura un periodo di lento ma effettivo superamento del primitivo localismo. Si giunge al momento giuridico attuale, epoca di transizione, che compensa l'assenza di codice con una moltitudine di leggi speciali sovrapposte a quelle storiche, che creano così un mondo impenetrabile di riferimenti normativi. Compare la questione della gerachia delle fonti, come abbiamo visto in Martínez Alcubilla, «che la pratica ha in certo qual modo già risolto»: «codici e leggi anteriori alla riforma» con i criteri dell'*Ordenamiento de Alcalá*, leggi *novísimas* e «giurisprudenza dei tribunali, quale si manifesta nelle sentenze del *Supremo de Justicia*». Le note alle disposizioni storiche segnalano a volte varianti testuali secondo le diverse edizioni disponibili, che in questi anni, sempre per fini pratici, aumentano considerevolmente; le disposizioni *novísimas* si annotano con previsione di regolamenti relativi. Si stabilisce così un'omogeneità di trattamento formale che è rafforzata dai rimandi a una giurisprudenza effettivamente elaborata sull'applicazione del più vecchio e del più nuovo. L'indice finale delle fonti riuni-

[70] Valladolid, Hijos de Rodríguez, 1872.

sce tutte le possibili e pensabili: dal *Fuero de Sepúlveda* fino alla Costituzione del 1869, privilegiando le *Partidas* (quasi mille testi citati da questa fonte) e la legislazione ipotecaria (circa seicento citazioni), ma ancora una volta siamo di fronte a materiale esclusivamente castigliano. Anche sotto questo più discreto aspetto il *Código* di Herrero si presenta di fronte al lettore attuale come una vivace immagine del panorama del diritto spagnolo nella seconda metà del XIX secolo.

In relazione alle opere similari precedenti, questo *Código* ha introdotto, come si vede, la legislazione moderna e la giurisprudenza. Continua ad essere una 'raccolta di leggi', ma gli strumenti sono cambiati. La «gerarchia delle fonti» vuole convertirsi in «sistema», con l'aiuto precipuo di una giurisprudenza che si riduce in questi anni a quella del Tribunale Supremo di Giustizia nei ricorsi di cassazione. Sono questioni sulle quali torneremo.

Lo fa inoltre la dottrina contemporanea. Un altro pratico e politico José Sánchez de Molina pubblica nel 1871 *El Derecho civil español (en forma de Código), Leyes no derogadas, desde el Fuero Juzgo hasta las últimas reformas de 1870. Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia (en 1500 sentencias) y opiniones de los jurisconsultos*[71]. Con tutto quello che contiene, la lettura di questo titolo sembra essere già sufficiente: in 'forma' di codice, utilizzando come modello il fallito progetto ufficiale del 1851, questo autore ordina la materia del diritto civile spagnolo dai vecchi testi visigoti fino alla seconda metà del secolo XIX: sfida ammirevole che si può accettare solo facendo ricorso alla giurisprudenza e alla dottrina. Siamo di nuovo alla questione della gerarchia delle fonti, dal momento che «nell'applicazione del diritto antico e del diritto moderno si notano vuoti, dubbi e contraddizioni che resero difficili lo studio e la gerarchizzazione delle leggi e indispensabile, mancando un codice generale e uniforme, stabilire regole che ovviassero a quanto omesso, chiarissero i dubbi e armonizzassero le disposizioni con-

[71] Madrid, J.L. Vizcaíno y M. Minuesa, 1871.

tradditorie», e di nuovo la soluzione passa per la giurisprudenza: «A soddisfare questa necessità sono giunte le decisioni del Tribunale Supremo di Giustizia, la cui giurisprudenza serve da regola, e molte volte da guida, nel confuso labirinto della nostra legislazione civile». I problemi e l'orientamento continuano nell'appendice che aggiorna l'opera due anni più tardi[72].

Non c'è bisogno ora di portare altre testimonianze[73]. La rassegna effettuata ci mostra alcuni cosiddetti codici come sistema moderno di testi che in generale moderni non sono, con attenzione esclusiva per i corpi giuridici della Castiglia ed il riconoscimento di un ruolo crescente della giurisprudenza del Tribunale Supremo. La domanda posta al codice ci ha condotto alla raccolta di leggi, cosa che i nostri dizionari già permettevano, però le opere più direttamente giuridiche ci pongono di fronte ad una attività giudiziaria che non si manteneva nelle essenziali definizioni esaminate. Il contributo del giurista al mondo dei concetti accademici pare consistere in questa dimensione giudiziaria del problema codificatorio.

VI.

Così la comunicazione esistente tra codice e raccolta di leggi può essere riformulata, mediante questi «codici» di giuristi, come una relazione tra i codici e la giurisprudenza. In assenza di un titolo preliminare adeguato, con «codici spagnoli» e

[72] José Sanchez DE MOLINA Y BLANCO, *Apéndice a la primera y segunda edición del Derecho civil español en forma de Código. Contiene el texto de las leyes del Fuero Juzgo, Fuero Real, partidas y Novísima Recopilación, no derogadas: decisiones del Tribunal Supremo de Justicia que las explican y armonizan: notas y concordancias. Precedido de un prontuario alfabético*, Madrid, Manuel Minuesa, 1873.

[73] Mario NAVARRO AMENDI, *Código civil de España. Compilación metódica de la doctrina contenida en nuestras leyes civiles vigentes con expresión de los orígenes, jurisprudencia del Tribunal Supremo, concordancias con los principales códigos de otros pueblos y comentarios*, I-II, Madrid, Juan Vidal, 1880.

fueros provinciales come materia di un «Ampliamento del diritto civile in Spagna» che rimpiazza accademicamente la «Codificazione», il motivo ricorrente della «gerarchia delle fonti» comincia a considerarsi risolto mediante l'intervento del giudice. Con il voluminoso bagaglio dei Codici spagnoli, vale a dire a norma di diritto il giudice deve previamente determinare 'dove' localizzare il suo diritto.

Traspare in questa proposizione una assai complessa vita processuale che dipende dai mutamenti attraverso i quali passa l'apparato di giustizia, dalla pubblicazione e pubblicità della norma e dai mezzi materiali, così limitati, che il modesto Stato spagnolo apporta a tutto ciò. È una storia che solo oggi si incomincia a scrivere[74] e nella quale non possiamo entrare. C'è inoltre tutto uno spinoso problema di fonti, dal censimento delle riviste giuridiche che ancora manca fino all'indeterminatezza dei testi giuridici principali[75], ugualmente estraneo ai nostri scopi. Si tratta ora di passare in rassegna alcuni titoli dimenticati e di enunciare alcuni problemi.

Che la giustizia ed i codici procedano *pari passu* nella cultura giuridica della borghesia, è un assunto che non ha bisogno di maggiori giustificazioni. Le costituzioni spagnole lo documentano sufficientemente, con la loro tendenza prima di tutto a collocare il momento della codificazione in sede di aggiustamento e definizione giurisprudenziale (1812, art. 258; 1869, art. 91; 1876, art. 75), poi con il loro orientamento a vincolare l'unificazione giuridica all'unificazione giurisdizionale (1837, art. 4, con i suoi commentari[76]; 1869, art. 91

[74] M. LORENTE, *Reglamento Provisional y administración de justicia (1833-1838). Reflexiones para una historia de la justicia decimonónica*, in J.-M. SCHOLZ, *El tercer poder. Hacia una comprensión histórica de la justicia contemporánea en España*, Frankfurt am Main 1992, pp. 215-295; A. SERRANO GONZÁLEZ, *Chocolate a la española: formación y afección de jueces en el siglo XIX*, in A. MAZZACANE (ed), *Università e professioni giuridiche in Europa nell'età liberale*, Napoli 1994.

[75] J. VALLEJO, *Ortografía y heterografía constitucionales (1869)*, in «AHDE», 63, 1993, pp. 611-695.

[76] *Discusión sobre el artículo 4 de la Constitución*, in «El Derecho», 1, 1844, pp. 28-39.

cit.). Ai nostri fini, in prima approssimazione, possiamo affermare che la carenza di codice nella Spagna del secolo XIX viene compensata da un eccesso di diritto giurisprudenziale. È qui latente, se si vuole, la vecchia tradizione non legislativa dello *ius commune*, sebbene si riformuli ora il ruolo della dottrina. I commentaristi più rilevanti risultano essere i giudici, in particolare i magistrati dell'organo di cassazione: «il Tribunale Supremo è il migliore erede che possano avere gli eminenti dottori di altri tempi, che si impegnavano nel chiarificare ed illustrare le questioni giuridiche»[77]. Così si spiega, inoltre, l'ossessione per la motivazione delle sentenze, contraria alla pratica storica castigliana e solo faticosamente radicatasi nel corso dell'Ottocento[78].

Originale fra tutte la cassazione spagnola, che sorge e si organizza in un periodo di indeterminatezza legislativa, fin dalla sua prima formulazione nel 1838 ammette come istanza di nullità[79] la violazione della «dottrina legale», come motivo di ricorso che, senza altri codici che quelli spagnoli, fin da principio risulta ben più che un solenne controllo di legalità. Superata l'indeterminatezza iniziale di quel concetto, a partire dalla legge processuale del 1855, quando storicamente la cassazione assume importanza pratica[80], si consi-

[77] Manuel RIVERA DELGADO, recensione a J. SÁNCHEZ DE MOLINA cit., in «RGLJ», 39, 1871, pp. 88-96, p. 89.

[78] [Francisco DE CÁRDENAS], *Observaciones sobre el modo con que suelen fundarse las sentencias del Tribunal Supremo con recursos de nulidad*, in «El Derecho Moderno», 7, 1849, pp. 236-250; Mariano NOUGUÉS SECALL, *Del establecimiento de bibliotecas en las Audiencias. De la redacción razonada y con antecendentes de los dallos que pronuncian las mismas. De la colección de los retratos de magistrados y jurisconsultos célebres*, in «El Foro Español. Periódico de jurisprudencia y administración» (Foro Español), 1, 1849, pp. 124-126; Manuel ORTÍZ DE ZÚÑIGA, *Fundamentación de las sentencias*, in «RGLJ», 29, 1866, pp. 113-126; Laureano DE ARRIETA, *Observaciones acerca de la esposición de motivos en las sentencias judiciales y sobre otras cuestiones con ella relacionadas*, in «RGLJ», 30, 1867, pp. 97-115, in polemica con Ortíz de Zúñiga.

[79] Rimane la trattazione migliore, Joaquín Francisco PACHECO, *Comentarios al decreto de 4 noviembre de 1838 sobre recursos de nulidad*, Madrid, Vda. de Perinat y Compañía, 1850[4].

[80] Cfr. in generale R. GARCÍA ORMAECHEA, *Notaciones sobre jurispruden-*

dera dottrina a questi effetti solamente la giurisprudenza reiterata del Tribunale Supremo, contenuta in alcune sentenze che così danno forma all'insieme dell'ordinamento. In una questione la cui storia migliore è ancora cronaca[81] solo ultimamente disponiamo di buone analisi[82], ma la ricca letteratura che la cassazione produce è ancora in attesa di considerazione.

Mi si permetta di isolare un aspetto di questo variopinto panorama. La cassazione spagnola, senza codici, si presenta in primo luogo come il terreno della lotta per la definizione e la portata degli inafferrabili 'codici spagnoli': «appellarsi alle leggi delle *Partidas* una delle parti in causa e rifiutarle l'altra, nonostante non siano state derogate e nonostante che l'argomento del non uso non valga contro di esse... è cosa di ogni momento nelle questioni del nostro foro»[83]. Dai 'codici' dipende inoltre la stessa possibilità della giurisprudenza, se si discute circa il numero delle sentenze richiesto per stabilire la 'dottrina legale', con una allegazione delle *Partidas* resa difficile dalle divergenze del suo testo a seconda

cia, in «RGLJ», 143, 1933, pp. 306-329, in particolare come bilancio, interessato ed interessante, delle trasformazioni che suppone l'entrata in vigore della legge di procedura civile (1855) presso il Tribunale Supremo; M. SEIJAS LOZANO, *Recursos de casación. Dictamen emitido por el Sr. D. Manuel de Seijas Lozano, fiscal del Tribunal Supremo de Justicia, sobre el progresivo aumento de dichos recursos en el propio Tribunal*, in «RGLJ», 15, 1859, pp. 332 e ss. e in «El Faro Nacional. Revista de jurisprudencia de administración de tribunales y de instrucción pública» (Faro Nacional), 10, prima parte, 1860, pp. 5-9, 21-24, 30-35, 44-47, 54-56 e 75-80.

[81] Pedro GÓMEZ DE LA SERNA, Introducción, I, 1-36, in José Maria PANTOJA, *Repertorio de la jurisprudencia civil española, o compilación completa metódica y ordenada por orden alfabético de las diversas reglas de jurisprudencia sentadas por el Tribunal Supremo* ... (1867), I-II, Madrid, Hijos de J.A. García, 1866-1887[3].

[82] A. SERRANO, *Die doctrina legal des spanischen Tribunal Supremo in der rechtshistorischen Analyse des Justizbegriffs*, in «Ius Commune», 16, 1989, pp. 219-247; M. LORENTE, *Reglamento provisional y administración de justicia (1833-1838)*, cit.

[83] J.F. PACHECO, *Sobre la fuerza legal de este Código (Partidas)* (1839), nei suoi *Estudios de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, Vda. de Jordán e Hijos, 1843, 53-62, p. 56.

delle edizioni disponibili[84]. Il Tribunale Supremo incide anche sui non meno inafferrabili *fueros provinciales*, dovendo chiarire per esempio se il Levitico si trova in uso come libro giuridico in Catalogna[85].

In secondo luogo, con l'iniziale formula francesizzante di devoluzione degli atti al tribunale di appello per l'emissione di nuova sentenza (decreto del 1838, art. 18)[86], con la penetrazione del Tribunale Supremo nell'orbita del Tribunale Speciale di Guerra e Marina (*ibidem* art. 3)[87], con la successiva figura del ricorso di cassazione proposto dal procuratore dello Stato nell'interesse della legge (Legge di procedura civile del 1855, artt. 1100 e ss.)[88], la cassazione pare abbandonare il terreno dei codici e dei giudici per rinchiudersi piuttosto in una questione di onori professionali feriti e di sensibilità corporativa.

Ma la cassazione, infine, per effetto della «dottrina legale» colloca la giurisprudenza tra le fonti del diritto: «errore giuridico moderno», se si vuole[89], sebbene così diffuso che

84 [Editoriale], *Exposición doctrinal y concreta de los textos de las principales obras en relación a los temas para el segundo ejercicio de las oposiciones a la judicatura*, in «La Crónica Legislativa», 2, 1885, pp. 97-99, p. 99: per sentenza del Tribunale Supremo del 17 marzo 1867 si preferisce la vecchia edizione di Gregorio López (metà secolo XVI), con la determinazione di due sentenze per stabilire la consuetudine, rispetto alla moderna critica della Real Academia de Historia, che ne richiede venti.

85 Sentenza del 14 maggio del 1864, in *Esplicaciones taquigrafiadas*, cit., p. 199.

86 *Del Tribunal Supremo de Justicia*, in «El Derecho», 2, 1845, pp. 289-297 e 337-346, pp. 340 e ss.; P. GÓMEZ DE LA SERNA, Introducción, cit., pp. 21-22.

87 J.F. PACHECO, *Comentario al decreto de 4 noviembre*, cit., p. 21 in nota.

88 Mariano NOUGUÉS SECALL, *¿Es lícito examinar la justicia de los fundamentos de las ejecutorias? Ataca su examen la autoridad de la cosa juzgada*, in «Faro Nacional», 10, primera parte, 1860, pp. 153-155, p. 154.

89 Pedro GÓMEZ DE LA SERNA, *Errores jurídicos modernos. Sobre la jurisprudencia nacida de los fallos de casación*, in «RGLJ», 33, 1868, pp. 258-269; per la posizione contraria, Máximo DE LA SALA VALDÉS, *Sobre la jurisprudencia nacida de los fallos de casación*, in «RGLJ», 34, 1869, pp. 138-148.

si suole vedere il Tribunal Supremo come veramente dotato di «attribuzioni semilegislative»[90]. Perlomeno le leggi e le sentenze si pubblicano e si raccolgono ufficialmente attraverso gli stessi canali[91], cosa che sottolineano con innocenza i manuali per uso universitario[92]. Con la giurisprudenza del Tribunale Supremo, a immagine e somiglianza delle compilazioni private sistematiche che già conosciamo, si formano anche testi di lavoro per il giurista[93]. La giurisprudenza riveste infine un proprio ruolo nell'insegnamento[94]. È problema di alcuni codici, che sono quelli storici «spagnoli»:

«Nei nostri codici, quasi sempre compilati a pezzi; nei nostri codici espressione confusa ed eterogenea dei pensieri e delle aspirazioni dei secoli di mezzo, del diritto civile dell'antica Roma, di quello moderno del rinascimento, ed ancora del nuovissimo politico europeo, non è possibile questa conciliazione ... senza trasformare la modesta toga del magistrato nello splendido manto del legislatore» [cioè, in mancanza dei frutti moderni della moderna 'codificazione']. «Un sistema di cassazione senza codici è un edificio che si eleva in alto senza una base solida. La giurisprudenza si elabora sulla legislazione non sulla giurisprudenza stessa. Nonostante l'evidenza di questa massima, noi abbiamo cassazione senza Codice civile; vale a dire abbiamo un carro senza ruote che non può riceve-

[90] Domingo RIVERA, *Artículo bibliográfico sobre las obras de jurisprudencia y administración publicadas por el Sr. D. Manuel Ortíz de Zúñiga ...*, in «RGLJ», 20, 1862, pp. 574-592, p. 589 e n. 10.

[91] Cfr. M. TORRES CAMPOS, *Bibliografía española contemporánea del derecho y de la política*, cit., nn. 2136-2140 su raccolte giurisprudenziali, che però non sono esaustivi.

[92] *Esplicaciones taquigrafiadas*, cit., pp. 175-176.

[93] Juan Antonio SEOANE, *Jurisprudencia civil vigente española y extranjera según las sentencias del Tribunal Supremo desde el establecimiento de su jurisprudencia en 1838 hasta la fecha, conforme a la nueva Ley Hipotecaria, a los fueros de Cataluña, Aragón, Navarra y Bizcaya, ya a las publicaciones más notables sobre legislación comparada*, Madrid, Carlos Bailly-Baillière, 1861.

[94] Fernando DE LEÓN Y OLARRIETA, *Metodología de la ciencia del derecho, seguida del programa de Ampliación de Derecho civil y códigos españoles, y de unos apuntes bibliográficos sobre esta asignatura*, Valencia, J. Domenech, 1877^2.

re altro impulso che quello di uno strascichio lento ed esposto a mille incidenti»[95].

Cassazione e codici, anche se si tratta di quelli 'spagnoli', dei 'Codici antichi' di Martínez Alcubilla, sono concetti che vediamo necessariamente collegati. Ma non è qui la connessione più profonda fra giustizia e codificazione. Ad un livello solo apparentemente più astratto o metaforico ed espresso con pochissime parole: la codificazione in Spagna diventa sempre un grande problema che riguarda le procedute.

Se escludiamo le inevitabili prese di posizione sul progetto di Codice civile del 1851, che non sono molte[96], sono relativamente scarse le monografie dedicate alla codificazione. Ci sono cronache di parte interessate[97]. Abbiamo rilevato anche una buona conoscenza degli ordinamenti stranieri[98]. Più rari ancora sono quelli che affrontano la sfida specificamen-

[95] José DE CASTRO Y OROZCO, Marqués de Gerona, *Examen del recurso de casación en España*, in «RGLJ», 13, 1858, pp. 235-390, pp. 361-363, con tutto il suo valore come testimonianza di un presidente della Sezione civile del Tribunale Supremo.

[96] Francisco DE CÁRDENAS, *De los vicios y defectos más notables de la legislación civil de España, y de las reformas que para subsanarlos se proponen en el proyecto de Código civil*, in «El Derecho Moderno», 11, 1851, pp. 193-423, che è la rivista dove ufficialmente (*Real Orden* del 12 giugno del 1851, art. 1) si pubblica il progetto. In «Faro Nacional» appare un commento a caldo: 1, 1851, pp. 385-387 (Francisco Pareja de Alarcón); 425-427 e 433-435 (Pareja); 497-500 e 513-516 (José María de Antequera); 539-542 e 547-550 (E.E. de P.); «Faro Nacional», 2, 1852, pp. 49-52 (Antequera); 57-60 (N.M.); 329-332, 339-342 e 345-348 (Antequera); 365-367 (Jaime Claver); 526-529, 539-542, 555-558 e 604-608 (Antequera); 654-658, 696-699, 1020-1023, 1088-1092 e 1148-1153 (Antequera). Inoltre Domingo María VILA, *Discusión sobre el proyecto del Código civil. Unidad de Códigos*, in «Faro Nacional», 2, 1852, pp. 401-408, che è un discorso parlamentare.

[97] Sono le opere di Franciso de Cárdenas, Pedro Gómez de la Serna e José María Antequera già citate. Cfr. Pedro GÓMEZ DE LA SERNA, *El progreso de la humanidad tiende a la unidad del derecho*, in «RGLJ», 8, 1856, pp. 556-565.

[98] L. ARRAZOLA, *De la codificación en las principales naciones modernas*, cit.

te dalle coordinate spagnole[99], con un aumento già alle porte del Codice, nella decade degli anni ottanta[100]. Ma i codici come tali non si discutono: ai giuristi interessa solo come farli.

Nel 1836 Joaquín Francisco Pacheco pubblica un articolo su *Códigos. Su formación y discusión* che crea un vero e proprio genere[101]. Si tratta in ogni caso del primo lavoro su questa materia, maturato in anni in cui, con la liberazione della manomorta, il regime rappresentativo, la suddivisione per province e l'apparato di giustizia, si pongono velocemente le basi per una cultura giuridica borghese in Spagna. Due sono le questioni pertinenti nel discorso di Pacheco, entrambe di procedura: l'elaborazione dei codici, simultanea o meno, e in questo caso secondo alcune preferenze; in secondo luogo la sua discussione parlamentare. Pacheco ragiona a favore della redazione prioritaria dei codici di procedura e del codice civile tra le leggi sostanziali, ma soprattutto è contro la formazione dei codici in Parlamento. Il modello di organo legislativo immaginato da Pacheco, formato da numerosi deputati che non hanno generalmente le conoscenze necessarie e «un sicuro spirito sistematico», ha poco da vedere con le *Cortes* di Spagna che da sempre attraggono personaggi, come lo stesso Pacheco, di formazione

[99] [Editoriale] *¿Es necesario y conveniente uniformar la legislación civil en España? Si no lo es, ¿bajo qué forma han de existir las instituciones jurídicas locales?*, in «Faro Nacional», 10, prima parte, 1860, pp. 49-52, 57-59, 84-86, 89-92, 105-108, 116-118, 121-124; Alejandro GROIZARD, *De la codificación en España*, in «RGLJ», 21, 1862, pp. 17-21; Manuel GIL MESTRE, *Discurso sobre la conveniencia de comprender en un código general mejor que en leyes sueltas las alteraciones necesarias en nuestro derecho civil*, Madrid, José Noguera, 1871, 56 pp.; J. TORRES MENA, *Los desenvolvimientos de la codificación*, in «RGLJ», 45, 1874, pp. 193-210.

[100] Angel ALLENDE SALAZAR, *La codificación civil y las legislaciones forales*, in «RGLJ», 53, 1878, pp. 204-283; Luís MOROTE Y GREUS, *La codificación civil*, cit.; [Editoriale], *El Código civil*, in «La Crónica Legislativa», 2, 1885, pp. 25-31 e pp. 33-36, con la *Ley de Bases*. Cfr. anche *El Código civil*, *ibidem*, p. 181.

[101] In J.F. PACHECO, *Estudios*, cit., pp. 19-27. In origine in «Boletín de Jurisprudencia y Legislación», 1, 1836, pp. 115-121.

giuridica, ma l'importante è capire che codificare si risolve in un problema scientifico, refrattario ai «partiti politici».

«Che si discutano previamente nel seno di tali assemblee quei principi capitali della legislazione, che sono, per così dire, i fondamenti sui quali riposano tutte le loro disposizioni particolari... ma qui riteniamo che dovrebbe terminare l'opera delle camere. Approvati i principi, ossia lo spirito politico e sociale del Codice, che è proposto dal Governo, la sua applicazione e la sua estensione dovrebbero essere affidate esclusivamente a poche persone, e altrettanto diciamo della sua revisione. Le Cortes dovrebbero accettare per valido quanto queste persone avessero fatto e sancirlo con la loro approvazione, senza il diritto di esaminarlo nei particolari».

Siamo nel momento preciso in cui prende forma giuridicamente e politicamente tutto il secolo almeno fino al 1868. Argomentare a favore del Governo nella redazione dei codici implica un chiaro progetto per il futuro. Suppone anche l'oblio interessato del recente passato costituzionale gaditano che ha permesso di elaborare nell'ambito delle *Cortes* un codice penale e di avanzare nello studio di un codice civile[102]. I codici si dibattono fra la pratica politica del Parlamento e la scienza giuridica che solo il Governo può garantire. Questi sono i termini proposti da Pacheco.

Non interessa comprovare il grado di originalità, piuttosto scarso, di Pacheco, che ha letto, come tanti altri[103], le perplessità di Pellegrino Rossi verso una codificazione radicata nel Legislativo[104]. Non c'è nemmeno bisogno di insistere sui suoi punti di vista sul Diritto e sulla Politica[105]. La cosa importante è che Pacheco rivela il comune sentire di un

102 Cfr. R. ORTÍZ DE ZÁRATE, *Análisis histórico-crítico*, cit., II, pp. 123 e ss., sull'opera legislativa del triennio.

103 Così gli autori della *Enciclopedia española de derecho y administración* cit., s.v. *codificación*, pp. 272-273.

104 P. ROSSI, *Tratado de derecho penal*, cit., II, pp. 309 e ss.

105 Joaquín Francisco PACHECO, *Sobre la conveniencia de preferir en la Academia los estudios jurídicos a las tesis políticas*, in «RGLJ», 13, 1858, pp. 33-342, discorso pronunziato nella Matritense de Jurisprudencia y Legislación il 12 novembre del medesimo anno.

epoca e ha i suoi continuatori[106]. Nella Spagna del secolo XIX nessuno giunge seriamente a pronunciarsi per l'iniziativa parlamentare in materia di codici[107]. Si tratta di una seria limitazione che la Costituzione più decisamente costituzionale del XIX secolo accetta (1869, art. 52).

La codificazione come scienza ed il codice nel suo significato moderno, che praticamente si è visto così poco presente, come prodotto scientifico racchiudono in sé un progetto di legislazione non parlamentare in un'epoca di regime rappresentativo. È un punto di illegittimità dal quale non si libera, quando finalmente arriva, lo stesso Codice civile[108]. Essendo così debole quella scienza tra di noi, l'argomento pare che serva solo per appoggiare una determinata strategia di redazione governativa delle leggi. Non contano le *Cortes*, ma commissioni tecniche varie, in particolare una Commissione di codificazione che funziona con i suoi alti e bassi dal 1843, dipendenti dall'Esecutivo. Naturalmente i suoi fallimenti nelle proposte legislative si imputano sempre alle interferenze di fattori politici[109]. Certamente nelle *Cortes*, nel Governo e nella Commissione appaiono quasi sempre gli stessi nomi ma a noi interessa far risaltare le opzioni teoriche di un ordinamento: l'ufficio del funzionario in luogo dell'emici-

106 F. GARCÍA GOYENA, *Código criminal español*, cit., p. 15; Antonio ALCALÁ GALIANO, *Lecciones de derecho político* (1843), ed. di Angel Garrorena Morales, Madrid 1984, pp. 193 e ss., pp. 241 e ss.; [Francisco DE CÁRDENAS], *Examen crítico del nuevo Código Penal*, II: *De la autoridad competente para hacer la reforma penal*, in «El Derecho Moderno», 1, 1846, pp. 116-119; Francisco PAREJA DE ALARCÓN, *Autorizaciones para plantear las leyes*, in «Faro Nacional», 10, seconda parte, 1860, pp. 543-545.

107 Cfr., *Sobre la conveniencia de la discusión en las Cortes de los Códigos civil y de procedimiento*, in «Foro Español», 2, 1850, pp. 267-269, a proposito del Codice penale.

108 Felipe SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil según los principios, los precedentes y cuerpos legales del antiguo derecho de Castilla, las leyes civiles generales, las especiales de las legislaciones forales, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia y el Código civil e historia general de la legislación española*, I, Madrid, Sucesores de Rivadeneyra, 1890[2], pp. 584 e ss.

109 P. GÓMEZ DE LA SERNA, *Estado de la codificación*, cit., p. 285.

clo, la discrezione dei tecnici in luogo del dibattito pubblico[110]. Non tanto quello che è ma piuttosto quanto lo rende possibile.

Da questa prospettiva il pezzo più valido che sono stato capace di trovare per tracciare una storia concettuale del codice in Spagna è il *Memorial ajustado en el pleito sobre la codificación, que se eleva al Tribunal-Decanato del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid* di J. Torres Mena[111]. I punti chiave di un discorso sinuoso sviluppato lungo tutto il secolo, 'codici spagnoli', aspirazione all'unificazione legislativa, elaborazione non parlamentare delle grandi leggi, commissione di tecnici, storia di realizzazioni... appaiono in un testo sensibile alla modernità di una scienza giuridica che incomincia a internazionalizzarsi, di una professione che forma, anche agli effetti della codificazione, le sue proprie assemblee di dibattito, non certamente legislative. Sono questioni il cui studio, per il quale non mancano materiali[112], ci dovrebbe offrire il tessuto intellettuale e i compromessi politici che sfociano nel Codice civile, ma qui è sufficiente sottolineare che lo scritto di Torres Mena, con la sua perorazione finale al 'Colegio de Abogados' madrileno perché assuma la redazione dei codici, è una brillante metafora di tutta la discussione prodotta dal XIX secolo. Si presenta formalmente come scritto forense di antico regime, un *memorial ajustado* o «estratto nel quale si contengono tutti i fatti di una causa o processo», secondo quanto dicono i nostri dizionari[113], diretto ad un tribunale, la corporazione madrilena degli avvocati, con la codificazione come *res litigiosa* e il futuro codice, effetto della sentenza.

Fermiamo a questo puntol'esposizione. In Spagna la codifi-

110 Risultato questo derivante dall'opacità delle commissioni denunciate dalla stampa specializzata: Tomás M. MOSQUERA, *Reforma de la legislación mercantil*, in «RGLJ», 29, 1866, pp. 169-173, p. 173.

111 In «RGLJ», 46, 1875, pp. 81-110.

112 Per esempio, Aniceto DE PALMA Y LUJÁN, *Congreso de Jurisconsultos*, in «RGLJ», 23, 1863, pp. 273-308.

113 *Diccionario judicial*, cit., p. 163.

cazione che si dice scientifica è stato un problema giudiziario. Prima dei 'codici moderni', quelli 'spagnoli' invocano una giurisprudenza che giudizializza le fonti del diritto con l'aiuto impagabile della cassazione. Il risultato è un Codice civile che giunge ad esistenza come testo, ma che racchiude nei suoi articoli, carenti nel progetto di statalizzazione e unificazione dell'ordinamento, di riduzione forte del diritto alla legge, la cultura giudiziale e casistica del suo concetto. In mancanza di qualche cosa di meglio, senza esegesi di principio ma con l'assolutismo giuridico come risultato, l'ordinamento spagnolo nacque e vive ancora come il cavaliere Agilulfo di Italo Calvino: tra storie e racconti.

Amministrazione: tra pubblico e privato

di *Bernardo Sordi*

1. Amministrazione è all'origine un termine largamente polisenso. Lo faceva notare Le Bras in un saggio famoso[1], in cui si riscoprivano le antiche radici medievali e canonistiche del diritto amministrativo.

Il termine, nelle fonti medievali – nello stesso documento, addirittura, per Le Bras – poteva comprendere tanto l'esercizio di una funzione, quanto la stessa condotta di governo. Ma pur anche la semplice gestione di un patrimonio (privato) o l'insieme delle competenze relative ad un ufficio o ad un'istituzione.

Amministrazione nel significato corrente di *administration publique*, di *öffentliche Verwaltung*, di *amministrazione pubblica*, è invece termine relativamente recente; non risale molto al di là della seconda metà del Settecento[2].

[1] Il riferimento è a G. LE BRAS, *Les origines canoniques du droit administratif français*, in *L'évolution du droit public. Etudes en l'honneur d'Achille Mestre*, Paris 1956, pp. 395 e ss. e spec. p. 408. Avevano già richiamato l'importanza di questo passo L. MANNORI, *Diritto amministrativo (dal medioevo al XIX secolo)*, in *Digesto*, V: *Pubblicistico*, Torino 1991, pp. 171 e ss.; P. CAPPELLINI, *Privato e pubblico (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXV, Milano 1986, pp. 668-70.

[2] Considerazioni di sintesi assai efficaci: in J.L. MESTRE, *Introduction historique au droit administratif français*, Paris 1985, spec. pp. 165 e ss.; L. MANNORI, *Per una 'preistoria' della funzione amministrativa. Cultura giuridica e attività degli apparati nell'età del tardo diritto comune*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 19, 1990, spec. pp. 323-345; A.M. HESPANHA, *Justiça e administração entre o Antigo Regime e a Revolução*, in B. CLAVERO-P. GROSSI-F. TOMÁS Y VALIENTE (edd), *Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales*, Milano 1990, pp. 135-45.

È a partire da questa data e poi per tutto il corso dell'Ottocento che con amministrazione si indica, propriamente, un soggetto di diritto pubblico; un'attività dello Stato per la realizzazione dei suoi scopi[3]; una funzione pubblica formalmente e materialmente distinta dalla funzione giurisdizionale. I compiti amministrativi sono divenuti i compiti dello Stato e vengono realizzati in via amministrativa. Lo *Justizstaat* ed il primato della *iurisdictio* hanno lasciato il posto – nei paesi dell'Europa continentale; i percorsi anglo-americani sono notoriamente diversi – allo Stato a diritto amministrativo. L'amministrazione conquista un suo speciale statuto giuridico. Si consolida come organizzazione e come forma peculiare di attività dello Stato.

Amministrazione come attività dello Stato per il raggiungimento dei suoi scopi è, dunque, come hanno dimostrato recenti indagini terminologiche[4], un lessema relativamente giovane. Al tempo stesso, amministrazione si rivela anche un concetto tra i più plasmabili, costretto ad aggiornare i propri significati di fronte all'intensità delle trasformazioni. Oggi, per esempio, l'amministrazione appare una nebulosa incerta, per la quale i giuristi difficilmente arrischiano una definizione. Sabino Cassese ha francamente riconosciuto che «una

[3] Riprendiamo una celebre definizione di Otto Mayer (*Deutsches Verwaltungsrecht*, I, Leipzig 1895, p. 13), per altro di uso assai corrente nella giuspubblicistica di fine Ottocento. Occorre, naturalmente, ricordare che, ormai impostosi il *Rechtsstaat*, la realizzazione degli scopi dello Stato doveva avvenire per Mayer «unter seiner Rechtsordnung», nel solco di quella legalità amministrativa che l'Ottocento aveva 'creato' e che doveva presentare caratteri del tutto nuovi e diversi rispetto agli equilibri dello Stato di polizia.

[4] Ricordiamo almeno J.L. MESTRE, *Administration, police et enseignement des disciplines administratives en Allemagne, France et Italie aux XVIII^e et XIX^e siècles*, in «Annuaire européen d'administration publique», XI, 1988, pp. 637 e ss.; A. CREMER, *L'administration dans les encyclopédies et dictionnaires français du 17e et du 18e siècle*, in «Jahrbuch für europäische Verwaltungsgeschichte», I, 1989, pp. 1-13; H.E. BÖDEKER, *'Verwaltung', 'Regierung' und 'Polizei' in deutschen Wörterbüchern und Lexika des 18.Jahrhunderts*, *ibidem*, pp. 15-32. Si veda anche la recente, preziosa, rassegna di H. MOHNHAUPT, *Neuere Forschungen zur Geschichte des Verwaltungsrechts im 18. Jahrhundert in Deutschland und Frankreich*, *ibidem*, V, 1993, pp. 315 e ss.

nozione unitaria, di sintesi, di amministrazione, non solo è inutile, ma anche impossibile»[5].

Priva di contorni precisi, travolta dalla dissoluzione dell'unità amministrativa; dal sovrapporsi di statuti di azione differenziati, spesso contrapposti; fiaccata dall'evanescenza dell'interesse pubblico e dalla crescente incapacità della legge di governare gli interessi, l'amministrazione è divenuta «un enorme enigma»[6].

Per altro, le trasformazioni sono di tale peso e così generalizzate nei diversi contesti e modelli istituzionali, che, sia pure in analisi a largo spettro comparativo[7], sta maturando la sensazione che la stessa distanza tra esperienza angloamericana ed esperienza dei paesi continentali – dunque, tra paesi a diritto comune e paesi a diritto amministrativo – sia ormai prossima ad essere colmata.

Le angolature dalle quali osservare, sul lungo periodo, l'intensità di queste trasformazioni possono essere molteplici. Si può pensare a visuali di stretta storia istituzionale, in grado di seguire formazione, nascita e trasformazione degli apparati amministrativi. Oppure di storia sociale, eventualmente integrate da approcci di tipo prosopografico. Gli stessi sentieri della storia concettuale potrebbero essere ampiamente divaricati. Da un lato, il diritto dell'amministrazione come *droit savant*, come sistema giuridico, come armonica elaborazione dogmatica di concetti ed istituti. Dall'altro, la cultura dei funzionari: e dunque le associazioni, ma anche le riviste[8] e la manualistica per i pratici di cui son ricche le

[5] S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Torino 1989, p. 24.

[6] M. NIGRO, *È ancora attuale una giustizia amministrativa?*, in «Foro italiano», CVIII, 1983, V, c. 252.

[7] Si veda, in particolare, l'indagine di Marco D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato. Trasformazioni dei sistemi amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia*, Bologna 1992, e specialmente, pp. 9 e ss., il paragrafo *Dal divario alle convergenze*.

[8] Basterebbe pensare ai tanti fogli amministrativi che con i nomi più diversi – *Annuario*, *Archivio*, *Bollettino*, *Consultore*, *Corriere*, *Effemeridi*, *Gazzetta*, *Monitore* e così via – animano la vita giuridica italiana del

«carte interminate»[9] otto-novecentesche.

È evidente che, spostandosi da un'angolatura all'altra, si modifica anche lo stesso concetto di amministrazione che diventa così, ora, in senso stretto, apparato amministrativo/organo amministrativo; ora, invece, burocrazia – con tutti gli interrogativi che investono gli assestamenti delle classi dominanti, dai patriziati cittadini di antico regime alla nuova professionalità borghese dell'Ottocento, sino alle «nazionalizzazioni piccolo-borghesi» in cui può risolversi, tra le due guerre, il rapporto tra regime ed impiegati[10].

Amministrazione può, ancora, assumere le sembianze scientifiche del diritto amministrativo o, in una variabile meno condizionata dal giuridico, della scienza dell'amministrazione. O può, infine, risolversi direttamente in pratica sociale, in cultura diffusa o di ceto.

Non è intenzione di queste pagine offrire una sintesi delle diverse angolature. L'angolatura scelta è parziale e risente fortemente di una pregiudiziale giuridica dovuta alle competenze di chi scrive.

Amministrazione è ancora – secondo questo punto di vista – concetto fondamentale delle scienze dello Stato, parte integrante del sistema politico e del relativo assetto statuale. Al tempo stesso l'obiettivo vorrebbe, però, esser quello di far vedere come quel concetto, parallelamente ad un più generale processo di trasformazione dell'intera architettura statale[11], si modifichi, perda la propria, ottocentesca, rigidissi-

secondo Ottocento. Per un'importante schedatura di questo mondo giuridico, sinora ben poco conosciuto, si veda il volume *Periodici giuridici italiani (1850-1900) – Repertorio*, a cura di Carlo MANSUINO, Milano 1994.

[9] Un primo scavo, su questo versante, si deve a R. ROMANELLI, *Sulle carte interminate. Un ceto di impiegati tra privato e pubblico. I segretari comunali in Italia: 1865-1915*, Bologna 1989.

[10] M. SALVATI, *Il regime e gli impiegati. La nazionalizzazione piccolo-borghese nel ventennio fascista*, Bari 1992.

[11] Una lucida sintesi in A.M. HESPANHA, *Storia delle istituzioni politiche*, in L. ORNAGHI (ed), *Politica. Vocabolario*, Milano 1993, pp. 69 e ss.

ma connotazione pubblicistica, venendo ad assorbire molti elementi inizialmente considerati come dicotomicamente opposti: come appartenenti al mondo dei privati e ritenuti, dunque, estranei all'universo più prettamente istituzionale. Si potrà, così, seguire una parabola concettuale in grado di ricollocare l'amministrazione non più soltanto all'interno delle strutture della società politica, ma anche su un versante aperto, per più aspetti, alle manifestazioni privatistiche del sociale.

2. A fine Ottocento, le immagini del pubblico e del privato sono invece fortemente dicotomiche. È possibile sintetizzarle rapidamente, prendendole a prestito da un autore, Federico Cammeo[12], in cui l'elaborazione del sistema dogmatico dell'amministrazione discende, sulla base di un indirizzo metodico tutto peculiare, dal contrappunto continuo e fittissimo che, nel riconoscimento di una sostanziale unità del giuridico, si compie tra i due poli della dicotomia[13].

Il diritto privato è innanzitutto, il regno dell'interesse individuale. In questo campo i rapporti giuridici si stringono tra «i cittadini fra loro» e ad essi ne è affidata l''esecuzione'. La presenza dello Stato (giurisdizione) è del tutto eventuale, limitata alla sanzione della violazione delle pretese soggettive e solo tramite queste del diritto oggettivo. La funzione dello Stato è circoscritta, dunque, alla necessità di assicurare all'ordinamento giuridico privato gli indispensabili elementi di coazione. Non esistono posizioni di supremazia precostituite: almeno dal punto di vista giuridico formale, il diritto privato presuppone la perfetta uguaglianza degli interessi in conflitto.

[12] Alla ricostruzione del pensiero di questo grande maestro del diritto amministrativo italiano è stato dedicato il volume ventiduesimo (1993) dei «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», grazie all'iniziativa e al coordinamento di Giuseppe Morbidelli.

[13] Riprendiamo qui, in estrema sintesi, alcune analisi e considerazioni più ampiamente sviluppate in *Le pandette e il diritto amministrativo. Privato e pubblico nell'itinerario giuridico di Federico Cammeo*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 22, 1993, pp. 205-277.

Compiuta la statualizzazione del diritto dei privati, attraverso l'itinerario codificatorio, il diritto appare ormai, anche nei rapporti tra i soggetti individuali, «una manifestazione della volontà dello Stato»; è divenuto espressione di una «volontà superiore»[14]. Con alcune peculiarità, però: non solo vi prevalgono le norme dispositive su quelle imperative, ma le norme sono semplicemente 'potenziali': l'ordinamento circonda, cioè, una sfera di libertà d'agire che incontra il diritto statuale solo come limite delle proprie manifestazioni e che conserva una, sia pur limitata, capacità di creazione normativa. Tanto che la volontà individuale «non solo ha efficacia nella determinazione originaria del rapporto, ma spesso ben anco in quella delle regole che debbono governarlo»[15].

Il diritto civile è dunque interamente statualizzato, ma ancora affida la sua stabilità alla centralità del soggetto e al primato dell'interesse individuale; può ancora far coesistere, senza palesi contraddizioni, ordinamento giuridico e volontà individuale. Lo Stato è, certo, anche in questo campo, sovranità, ma non ha quei contorni apodittici di supremazia che incombono sull'altro polo dell'ordinamento, quello pubblicistico; ed ancora rispetta, sostanzialmente, lo statuto dei privati.

Il diritto pubblico si presenta, invece, con caratteri strutturali fortemente differenziati, in molti casi diametralmente opposti. L'interesse individuale lascia il campo all'interesse collettivo; l'uguaglianza degli interessi in conflitto ad una radicale disuguaglianza; anche la stabilità e la perfezione delle norme, tipiche dell'ordinamento privatistico, devono cedere, per l'incompiutezza dei processi di giuridicizzazione

[14] Le parole tra virgolette nel testo sono tratte da F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano s.d., pp. 10-16; dello stesso, *Corso di diritto amministrativo,* Padova 1911, I, p. 102 (citiamo dalla ristampa anastatica, Padova 1992).

[15] F. CAMMEO, *La volontà individuale e i rapporti di diritto pubblico (Contratti di diritto pubblico)*, in «Giurisprudenza italiana», LII, 1900, pt. IV, c. 3.

della sovranità, alla fluttuazione e alla mutabilità dell'ordinamento.

Si tratta di caratteri strutturali, perché poggiano sui motivi profondi della dicotomia stessa tra pubblico e privato e che proprio per questo giungono sino ad indirizzare il processo di costituzionalizzazione del potere e l'itinerario di giuridicizzazione.

Il 'supersoggetto' Stato condiziona equilibri e rapporti. La supremazia è un dato che precede la norma e che resiste alla norma: l'amministrazione, in particolare, è per definizione «forza sovrana»[16].

Alla parità delle relazioni civilistiche si sostituisce, dunque, la soggezione alla sovranità. La disuguaglianza degli interessi in conflitto contraddistingue la relazione del cittadino con il potere ed incide direttamente sulla configurabilità giuridica degli istituti, marchiandoli di una inconfondibile specialità. La stessa norma assume, nel diritto pubblico, caratteri peculiari. Il rapporto qui, infatti, si fissa tra la norma ed il soggetto amministrativo e solo accessoriamente questa relazione giunge a comprendere e a considerare i soggetti individuali.

Il diritto privato ci restituisce, dunque, un'immagine, ormai definita, di stabilità, fondata sulla centralità dell'interesse individuale, sulla parità dei rapporti giuridici, sulla necessaria correlazione tra diritto oggettivo e soggettivo.

Il diritto pubblico offre invece un'immagine in movimento, segnata dalle «più straordinarie e contraddittorie fluttuazioni»[17]. Vi si intravvede il percorso della legalità, della giuridicizzazione del potere, dell'espansione delle forme di tutela, con il riconoscimento di un'autobbligazione dello Stato ed una corretta interpretazione del principio di divisione dei poteri, secondo un itinerario in parte compiuto, in parte ancora da realizzare, e che dipende dalla tipologia statuale

[16] F. CAMMEO, *Commentario*, cit., p. 96.

[17] *Ibidem*, p. 183.

di riferimento ed insieme dai «progressi» – e dai «regressi» – delle «conquiste politiche»[18].

Quell'immagine rivela, però anche tratti in certo qual modo indisponibili: l'interesse collettivo; la supremazia; la strutturale disparità del rapporto; il limitato potere imperativo della norma; la discrezionalità. Sono i temi classici del diritto amministrativo ottocentesco; i cardini della specialità amministrativa, su cui l'amministrazione costruisce il proprio sistema giuridico: il proprio regime di attività; la propria struttura organizzativa; il proprio sistema di tutela: la giustizia amministrativa.

I modelli descrittivi dell'amministrazione rifiutano dunque i principii portanti del diritto privato. Questo non significa che non esista un'ampia circolazione di invenzioni dogmatiche, favorita dal diffondersi, in ogni campo del sapere giuridico, del nuovo linguaggio del formalismo. Spesso, anzi, il pubblico costruisce il proprio sistema teorico su molti costrutti offerti dalla riflessione civilistica, ma soltanto dopo averli opportunamente trasformati, pubblicizzati.

Ed è proprio questo fenomeno che tradizionalmente, anche nel diritto pubblico, si descrive in termini di 'pandettismo' o di 'pandettistica' oppure di formalismo e di positivismo, ma con l'avvertenza essenziale che, nonostante la diffusione dei concetti e delle terminologie, i modelli descrittivi, nonché i fondamenti ideologici, del pubblico e del privato rimangono fortemente divaricati, mentre nessuna capacità uniformante è possibile intravvedere, impedita da una ramificata frammentazione disciplinare.

L'*Umbildung* degli istituti civilistici ha così il significato di liberazione (*Befreiung*) della specificità pubblicistica dai modelli paritari del diritto civile. Significa sostituzione sistematica del *Mehrwert* alla *Ausgleichung* tipica invece degli interessi privati[19].

[18] *Ibidem*, p. 2.

[19] Questo programma metodologico è lucidamente sintetizzato da F. FLEINER, *Über die Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht*, Tübingen 1906.

L'esperienza di un'amministrazione profondamente influenzata dal diritto privato è lasciata al passato di uno Stato di polizia archiviato dai nuovi equilibri dello Stato di diritto. Solo nello Stato di polizia, agli occhi dei giuristi ottocenteschi, l'impossibilità di realizzare opportune garanzie nella sfera dell'*imperium* ha spinto a ricercarle, a surrogarle, in una espansione degli spazi di applicazione del diritto privato. La *Fiskuslehre* appare una dottrina del lontano passato e non c'è dubbio che un suo eventuale ritorno avrebbe il senso di una «involuzione regressiva»[20]. Così, proprio contro questa dottrina lavora la generazione dei giuristi cui, nell'ultimo decennio del secolo scorso, si deve la definitiva conquista della 'specialità' amministrativa.

Il diritto amministrativo si afferma, dunque, come 'diritto comune' nei rapporti tra Stato e cittadino. E si afferma come diritto comune – non sembri un bisticcio – precisamente a partire dalla propria specialità. Rispetto al diritto comune civilistico è un 'altro' diritto comune, fondato su quei caratteri e quei principii che danno corpo all'immagine del pubblico che abbiamo appena vista: costruita in modo quasi speculare rispetto al diritto privato.

Un diritto comune, perciò, quello amministrativo, fondato non sui principii della parità, della contrattualità, della responsabilità, ma su quelli opposti della supremazia, della unilateralità, della limitata responsabilità. Non per niente, il contratto vi viene bandito come forma giuridica assolutamente inconciliabile con la stessa natura pubblicistica. Se, per avventura si continua a parlare – specialmente nella giurisprudenza – di contrattualità amministrativa[21], nell'ambito dogmatico si enucleano, dal *genus* unitario dei provve-

[20] Emblematica, ancora, la posizione di F. CAMMEO, *Commentario*, cit., pp. 193-94.

[21] Si pensi alla categoria, eminentemente giurisprudenziale, delle concessioni-contratto, che fa la sua comparsa alla vigilia della prima guerra mondiale. Una ricostruzione della vicenda in M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli 1981, pp. 187 e ss.

dimenti, le due categorie delle autorizzazioni e delle concessioni che, nonostante il loro carattere non ablatorio, favorevole per il cittadino, conservano non di meno il carattere della imperatività[22].

Lo stesso termine di negozio giuridico, che pure era stato – ancora Cammeo ed accanto a lui Hauriou, Karl Kormann, in parte anche Kelsen – un percorso di avvicinamento dogmatico alla costruzione della volontà amministrativa tutt'altro che marginale[23], viene espunto dal sistema. Il diritto amministrativo si costruisce su principii e concetti specifici e peculiari: il provvedimento, l'eccesso di potere, la responsabilità amministrativa. Arriva persino a possedere – secondo un itinerario che è particolarmente evidente nell'ordinamento italiano – situazioni di vantaggio a lui proprie: non più il solo diritto soggettivo, presto marginalizzato, ma una situazione giuridica tipicamente amministrativa: l'interesse legittimo.

3. Questo statuto speciale – e ad un tempo comune – dei rapporti tra Stato e cittadino, mantiene una propria razionalità e, direi anche, una certa adeguatezza alla realtà, sin tanto che l'amministrazione conserva i suoi più tipici caratteri ottocenteschi, ben sintetizzati da Mario Nigro in uno dei suoi ultimi scritti: la semplicità dell'organizzazione; la struttura accentrata e sostanzialmente unitaria; il carattere quasi esclusivamente autoritativo della propria azione; l'intrinseca separatezza dalla società e dagli interessi[24].

L'avvento dell'*Interventionsstaat*[25] modifica profondamente

[22] Decisiva, a questo riguardo, risulterà la *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative* di Oreste Ranelletti, che si può rileggere ora nei suoi *Scritti giuridici scelti*, III: *Gli atti amministrativi*, a cura di E. FERRARI-B. SORDI, Napoli 1992, pp. 35-653.

[23] Sia consentito di rinviare a quanto scriviamo in *Tra Weimar e Vienna. Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra*, Milano 1987, pp. 123-157, ed in *Le Pandette e il diritto amministrativo*, cit., pp. 236-251.

[24] M. NIGRO, *È ancora attuale una giustizia amministrativa?*, cit., cc. 249 e ss.

[25] Rinviamo per una lucida sintesi a M. STOLLEIS, *Die Entstehung des*

questo volto ottocentesco dell'amministrazione che viene, così, a perdere, progressivamente, i quattro caratteri appena ricordati.

L'organizzazione, da semplice che era, si fa complessa, anche per le dimensioni rapidamente assunte dagli apparati e dagli organici.

La struttura da unitaria si trasforma in multiorganizzativa.

Un nuovo carattere prestazionale dell'azione amministrativa prima si affianca e poi sovrasta la tradizionale dimensione autoritativa ed imperativa.

Si affermano, infine, nuove mediazioni con gli interessi, non più fissate soltanto dalla legge e dagli organi costituzionali di vertice, ma raggiunte direttamente dall'organizzazione, attraverso i consigli, i collegi, le prime, settoriali, forme di rappresentanza degli interessi[26]. Di fronte a queste trasformazioni, le immagini, poco sopra richiamate, di pubblico e privato conoscono alterazioni rilevanti. Viene meno, in particolare, l'elemento sino ad allora identificato nella radicale alterità di pubblico e privato: un elemento che la giuspubblicistica di fine Ottocento aveva elevato ad un livello propriamente 'costituzionale'.

Interessi collettivi ed interessi individuali sono sempre meno separabili. La stessa separatezza dei due settori dell'ordinamento sparisce, lasciando il posto a sempre più intricati, reciproci, intrecci.

Interventionsstaates und das öffentliche Recht, in «Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte», 11, 1989, pp. 129 e ss.

[26] Sulle trasformazioni cui accenniamo nel testo esiste ormai un'ampia letteratura. Si vedano, almeno, S. CASSESE, *Le trasformazioni dell'organizzazione amministrativa*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», XXXV, 1985, pp. 374 e ss.; G. REBUFFA, *Trasformazioni delle funzioni dell'amministrazione e cultura dei giuristi*, in *L'amministrazione nella storia moderna* (ISAP, «Archivio», NS, 3), II, pp. 1101 e ss.; B. SORDI, *Tra Weimar e Vienna*, cit.; G. MELIS, *Due modelli di amministrazione tra liberalismo e fascismo. Burocrazie tradizionali e nuovi apparati*, Roma 1988; G. GOZZI, *Modelli politici e questione sociale in Italia e in Germania fra Otto e Novecento*, Bologna 1988; nonché gli atti raccolti in *Il diritto amministrativo degli anni Trenta*, estr. dalla rivista «Materiali per una storia della cultura giuridica», Bologna 1992.

Più limitati sono invece gli effetti, almeno per un lungo periodo, a livello dei modelli descrittivi.

Si è costretti, certo, a modificare profondamente il concetto di pubblico[27], se non altro per tener dietro alla espansione e alla crescita dei compiti amministrativi. È ormai evidente che la tralatizia identificazione di pubblico ed imperativo rischierebbe di lasciar fuori dalla sfera statale una parte sempre più consistente e strategica di attività e di organizzazione. Di qui, lo spostamento del fulcro del concetto di pubblico dall'*imperium* al 'fine', dalla supremazia all''interesse', con i relativi, evidenti, effetti espansivi.

Si è costretti ad aggiustare anche, pur se in misura minore, il concetto di diritto privato. Si pensi solo al progressivo appannarsi della signoria della volontà[28] e, parallelamente, al crescente peso che assume la definizione jheringiana di interesse nella definizione di diritto soggettivo e nella stessa categoria di negozio giuridico, sempre meno manifestazione di volontà e sempre più assetto di interessi. A tacere poi degli effetti determinati dal passaggio dalla centralità della proprietà alla centralità dell'impresa, con tutti i relativi profili di commercializzazione del diritto privato.

Si aggiustano, dunque, i concetti e si aggiustano anche le rispettive regolazioni di confine tra pubblico e privato, registrando l'avvenuta espansione della sfera pubblica e, insieme, la sua repentina privatizzazione.

Tuttavia, se la tendenza a limitare la sfera del diritto privato si consolida nella giuspubblicistica già all'inizio del secolo –

[27] Alcuni saggi di Oreste Ranelletti, scritti a cavallo del primo conflitto mondiale sono, a questo proposito, illuminanti. Si vedano in particolare *Il concetto di 'pubblico' nel diritto*, 1905, ora in *Scritti giuridici scelti*, I: *Lo Stato*, cit., pp. 249 e ss.; *Concetto delle persone giuridiche pubbliche amministrative*, 1916, ora *ibidem*, V: *L'organizzazione pubblica*, pp. 83 ss.

[28] Basterebbe ricordare che di lì a poco lo stesso Emilio Betti poteva ormai definire il dogma pandettistico della volontà un «dogma famigerato»: *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino 1943, p. 44, da leggersi con N. IRTI, *Itinerari del negozio giuridico*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 7, 1978, pp. 395 e ss.

scansioni diverse avrà, però, l'autoriflessione della civilistica a questo proposito[29] –, lo stesso non può dirsi per il processo inverso di privatizzazione del diritto pubblico.

I modelli descrittivi lo recepiranno, infatti, con notevole fatica. Peseranno, in questo caso, le forti resistenze dei giuristi, preoccupati di disperdere con l'economicizzazione degli apparati la 'realtà' dello Stato e la stessa sovranità. La dissoluzione dell'imperatività del potere pare, cioè, mettere in pericolo la centralità della persona giuridica dello Stato, faticosamente conquistata nel corso dell'Ottocento.

L'abbandono della centralità dell'*imperium* costringe, dunque, i giuristi a modificare il concetto di pubblico, ma non implica di per sé, immediatamente, il riconoscimento di un processo di privatizzazione in corso. Processo che viene in qualche modo 'esorcizzato', perché giudicato 'pericoloso' per le sorti della sovranità.

Non a caso, sono costrutti pubblicistici – anche se ormai liberati dall'identificazione con l'*imperium* – quelli che la scienza giuridica elabora ed utilizza per concettualizzare i nuovi caratteri prestazionali dell'azione amministrativa ed insieme le nuove forme organizzative: si pensi alle nozioni di *service public*, di *öffentliche Anstalt*, di *ente pubblico*[30].

Per un certo tratto, dunque, – all'incirca sino agli anni trenta di questo secolo – per la scienza giuridica è possibile arginare gli effetti delle trasformazioni, lasciando integro il discrimine pubblico-privato e limitandosi a registrare l'allargamento della sovranità al di là della sfera pura e semplice dell'*imperium*.

[29] Importanti indicazioni in M. GIORGIANNI, *Il diritto privato ed i suoi attuali confini*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura», XV, 1961, I, pp. 391 e ss.

[30] Sia consentito di rinviare a quanto scriviamo in *Tra Weimar e Vienna*, cit., pp. 250 e ss.; e in *Origine e itinerari scientifici della nozione di 'ente pubblico' nell'esperienza italiana*, in V. CERULLI IRELLI-G. MORBIDELLI (edd), *Ente pubblico ed enti pubblici*, Torino 1994, pp. 3 e ss. Ma tutto il volume è da vedere, insieme al recente ed importante lavoro di G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, Bologna 1991.

Dagli anni trenta – si pensi in particolare al caso italiano, al nuovo ordinamento del credito, all'istituzione dell'IMI e dell'IRI – inizia invece ad appannarsi la stessa dicotomia tra statuale e commerciale.

L'inquadramento sindacale di molti soggetti, fino ad allora ascrivibili alla categoria degli enti pubblici, ha effetti travolgenti e generalizza trasformazioni avviate sin dall'età giolittiana: il pubblico può assumere le vesti dell'anonima; il rapporto d'impiego può essere disciplinato da un contratto collettivo; il giudizio del relativo contenzioso può non essere più affidato alla giustizia amministrativa e passare alla competenza della magistratura del lavoro.

Si tratta di trasformazioni rilevanti, tanto che, in un primo tempo, solo la dottrina corporativistica riuscirà a darvi un qualche assetto concettuale. Sarà, infatti, in questo ambito disciplinare che matureranno i primi riferimenti all' azionariato di Stato e alle società commerciali pubbliche, sino a che la formula, ancora una volta necessariamente combinatoria, di ente pubblico economico[31] farà il suo ingresso, normativo, nel codice civile del 1942.

È a questo punto che le nozioni unitarie, gli istituti, cessano di essere tali e diventano morfologie, nomenclature: la parabola vissuta dalla nozione di ente pubblico[32] è, a questo proposito, emblematica. Ed è a questo punto, anche, che l'amministrazione inizia ad acquisire quei caratteri incerti, o addirittura enigmatici, di cui si diceva all'inizio.

Anche l'amministrazione tradizionale, però, ritiratasi nell'ambito della *puissance*, non è esente da trasformazioni. Certo, è sulla dorsale Stato-economia che in particolare s'incrina la separatezza dell'amministrazione; s'intrecciano eco-

[31] V. OTTAVIANO, *Ente pubblico economico*, 1991, ora nei suoi *Scritti giuridici*, II: *Scritti in tema di diritto pubblico dell'economia*, Milano 1992, pp. 241 e ss.

[32] Abbiamo ricostruito più analiticamente la vicenda cui accenniamo nel testo in *Origine e itinerari scientifici della nozione di 'ente pubblico' nell'esperienza italiana*, cit.

nomico e politico; proliferano gli interessi frazionali. Qui, viene meno la grande distinzione ottocentesca tra finalità pubblica e finalità di lucro. Qui, la funzione pubblica si dissolve su di una linea in cui l'interesse generale si confonde con gli interessi sezionali, talvolta con gli stessi interessi privati.

Più lentamente – spesso attraverso percorsi giurisprudenziali, quindi senza particolari fratture – muta, però, anche il volto della *puissance*.

Due sono i fenomeni che vanno, in particolare, segnalati. In primo luogo, l'evoluzione del sindacato sull'eccesso di potere, la cui estensione ha travalicato la relazione tra la norma e la volontà amministrativa, tipica di un controllo tutto ottocentesco di legalità, per abbracciare direttamente il rapporto con il cittadino e la verifica della sua ragionevolezza e buona fede[33].

In secondo luogo, le novità 'convenzionali' dell''amministrare per accordi', che fanno la loro comparsa nella legge tedesca sul procedimento amministrativo e, più recentemente, nella legge italiana del 1990 sulla trasparenza amministrativa. La contrattualità arriva sino al nucleo più profondo della supremazia amministrativa, potendo investire persino il contenuto discrezionale del provvedimento. S'impongono gli accordi sostitutivi o determinativi di provvedimenti, sulla base di una contrattualità che si affida, per la propria disciplina – salvo alcune modalità speciali –, alla normativa, generale, del codice civile su obbligazioni e contratti[34].

[33] Una sintesi efficace, con specifico riferimento all'ordinamento – quello francese – in cui questa evoluzione è più evidente, in M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, cit., pp. 36 e ss.

[34] Prime importanti analisi in G. SALA, *Accordi sul contenuto discrezionale del provvedimento e tutela delle situazioni soggettive*, in «Diritto e procedura amministrativa», 1992, pp. 206 e ss.; G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. MAZZAROLLI-G. PERICU-A. ROMANO-F.A. ROVERSI MONACO-F.G. SCOCA, Bologna 1993, II, pp. 993 e ss.; G. VETTORI, *Accordi 'amministrativi' e contratto*, in «Contratto e impresa», IX, 1993, pp. 518 e ss.

Si potrebbero fare, però, anche altri riferimenti: dagli effetti del nuovo diritto amministrativo comunitario, fattore importante di una unificazione normativa sempre più all'insegna dell'adozione di parametri di diritto comune (privato) nella disciplina delle pubbliche amministrazioni, sino alla recente 'privatizzazione' italiana del pubblico impiego ed al previsto passaggio di quasi tutto il relativo contenzioso al giudice ordinario.

L'autonomia del diritto amministrativo – lo si è riconosciuto in particolare in Francia – sta diventando dunque un «dogma falso»[35], mentre sempre più fondamentale risulta l'intreccio tra pubblico e privato ad ogni livello dell'amministrazione.

Non possono dirsi dunque più esistenti – probabilmente – né un diritto comune civilistico né un diritto comune pubblicistico, almeno nel significato che a queste espressioni davano – come abbiamo visto – i giuristi dell'Ottocento, ma soltanto una serie, sempre più ampia, di intrecci tra istituti comuni e discipline speciali, con valenze che, volta a volta, possono assumere carattere privatistico o pubblicistico. E bisognerà, forse, iniziare anche a chiedersi se questi intrecci trovino ancora adeguata collocazione in quel «diritto comune a privati e pubblici operatori», con il quale una dottrina particolarmente autorevole aveva iniziato a segnalare le trasformazioni incombenti sul diritto amministrativo contemporaneo[36].

Del resto, anche se molte parole si spendono in favore del recupero, sui 'nuovi'[37] sentieri 'regolativi', di una più 'naturale' distinzione tra pubblico e privato, non sembra francamente probabile che le sedimentate e troppo profonde stra-

[35] Secondo una celebre espressione di Charles Eisenmann, recentemente ripresa da D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, cit., p. 166.

[36] Il riferimento è ad una notissima espressione di M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, in *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano 1964, p. 866.

[37] Sentieri che, in realtà, tanto nuovi non sembrano, se in vario modo attualizzano un'idea regolativa, che già aveva costituito il fondamento di tutto il *droit de police* di antico regime.

tificazioni che a livello normativo ed istituzionale si sono pian piano sovrapposte, nel corso di questo secolo, tra i due universi giuridici, siano destinate ad approdare, o a ritornare, in tempi brevi verso demarcazioni più nette, anche solo tra pubblico e commerciale.

Quello che è certo, però, è che è scomparsa definitivamente l'amministrazione che si era affidata alle proprie sovradeterminazioni pubblicistiche. È scomparsa, cioè, quell'amministrazione che la giuspubblicistica di fine Ottocento aveva immaginato come un monolite eretto tutto al di qua del confine con il mondo dei soggetti privati.

È sintomatico che se ne sia accorta la stessa giurisprudenza, che è venuta progressivamente a ridurre «lo statuto proprio dell'azione amministrativa di diritto pubblico», 'forzatamente' costruito, con tutti i suoi inconfondibili caratteri di specialità, dalla scienza giuridica ottocentesca[38].

Così, le tesi, che avevano a lungo assecondato le «disavventure dell'individuo nella cultura giuspubblicistica»[39], «da qualche anno godono di minor credito»[40], a conferma dell'avvenuta, definitiva, storicizzazione del progetto amministrativo ottocentesco.

Più difficile è, ovviamente, cercare di dare un contenuto alle immagini enigmatiche – cui accennavamo all'inizio – che i

[38] Riprendiamo alcune conclusioni di V. CERULLI IRELLI, *Le prime trattazioni del diritto amministrativo italiano e il 'Corso' di Federico Cammeo*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 22, 1993, p. 366.

[39] A. ORSI BATTAGLINI, *'L'astratta e infeconda idea'. Disavventure dell'individuo nella cultura giuspubblicistica*, in *La necessaria discontinuità. Immagini del diritto pubblico*, Bologna 1990, pp. 11 e ss.

[40] Così E. CANNADA BARTOLI, *Il 'Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa' e il suo sistema*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 22, 1993, p. 326, a conclusione di una lucidissima indagine sul 'sistema' di Federico Cammeo: «altri Autori seguivano altre vie. Il risultato era la centralità dell'atto amministrativo e sbiadiva la figura del cittadino, i cui diritti erano affermati per essere affievoliti o degradati ad interessi legittimi... Siffatte tesi ed altre che è superfluo accennare, da qualche anno godono di minor credito».

giuristi ci comunicano oggi dell'amministrazione contemporanea. Che stia, forse, sparendo con l'amministrazione ottocentesca, la stessa specificità della funzione amministrativa?

Certo, la fase espansiva – sia dottrinale che istituzionale – della pubblicizzazione si è bloccata. Il volto giustiziale e processuale – si pensi solo alla legge sul procedimento e alla generalizzazione dell'obbligo di motivazione per gli atti amministrativi – è stato recuperato come carattere essenziale dell'azione amministrativa. Contrattualità e patrimonialità amministrative si stanno sempre più riaprendo verso le tipologie del diritto comune. Persino il processo amministrativo, sin qui rigido processo d'impugnazione, si è dischiuso verso parametri di cognizione e decisione propri del giudizio ordinario.

Siamo forse autorizzati a concludere che la grande stagione ottocentesca dello Stato di diritto e dell'amministrazione pubblica, di una *rechtsmässige Verwaltung* contesa tra specialità come privilegio e specialità come garanzia, ha rappresentato soltanto una lunga parentesi nell'evoluzione del potere pubblico?

Certo, quando, con fatica, si vanno a ricercare, nell'universo della *iurisdictio* di antico regime, le origini dell'amministrazione moderna e del diritto amministrativo, comincia a diventar forte la sensazione che dopo poco più di due secoli di distanza da alcune date epocali di metà Settecento[41], stiano diventando meno radicali ed irreversibili le alternanze e le contrapposizioni tra *Verwaltungsstaat* e *Justizstaat* e tra amministrazione esecutiva ed amministrazione giustiziale.

Il pubblico – anche se il suo ruolo e la sua identità[42], sia pure

[41] Si pensi alle celebri Rimostranze della *Cour des Aides* del 1756 che consacrano – paradossalmente proprio nell'analisi di una delle Corti sovrane di antico regime – la definitiva «emergence de la notion d''administration pubblique'». Rinviamo, per tutti, alla sintesi di J.L. MESTRE, *Introduction historique*, cit., pp. 165-67. In ambito tedesco potremmo ricordare il *Ressortreglement* di Coccejus del 1749 cui tradizionalmente si riconduce l'avvio del *Verwaltungsrechtsschutz in Prussia*: W. RÜFNER, *Verwaltungsrechtsschutz in Preußen von 1749 bis 1842*, Bonn 1962.

[42] Lo ha opportunamente ricordato M. FIORAVANTI, *I presupposti costi-*

nella sempre più difficile interpretazione di un evanescente interesse collettivo, non potranno essere troppo rapidamente e superficialmente 'economicizzati' – sta, però, definitivamente abbandonando lo schermo protettivo dello Stato persona e l'ombrello della sovranità ed è costretto a reinventarsi – quando nelle sue «manifestazioni di volontà» fa uso di poteri imperativi – nel solco più tradizionale, nonché più solido e continuo, dell'identità tra pubblico e giustiziale; ora, invece – quando amministra per accordi – nel solco convenzionale dell'attività del Fisco e del principe «grande privato»[43].

Naturalmente, sarebbe assurdo pretendere che, per il solo fatto che la funzione amministrativa sta progressivamente perdendo i propri caratteri di specialità, sia scomparsa anche la stessa amministrazione pubblica, nei significati sin qui attribuitili: se non altro perché le modifiche, pur rilevanti, che hanno investito gli statuti d'azione non hanno fatto venir meno gli scopi della funzione, né hanno toccato il novero dei compiti pubblici, né, tanto meno, la consistenza e l'autonomia degli apparati amministrativi.

Sarebbe, del resto, anacronistico anche solo ipotizzare che le funzioni dello Stato contemporaneo si stiano di nuovo indirizzando verso esclusivi compiti di *iurisdictio*, riproducendo una mediazione giustiziale di antica memoria tra quel conglomerato di 'corpi' che, secondo altri equilibri, sembrerebbe, però, a prima vista, ripopolare la società del presente.

Non è, dunque, venuta meno la realizzazione in via amministrativa dei compiti pubblici, vero discrimine tra 'amministrazione' antica e amministrazione moderna. Più semplicemente, quel modo amministrativo di realizzazione del 'pub-

tuzionali nell'opera giuridica di Federico Cammeo, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 22, 1993, pp. 203-204.

[43] Un profilo, quest'ultimo, particolarmente caro alla storiografia tedesca, ma ben presente anche in un testo che ha avuto un notevole impatto sulla storiografia amministrativa italiana: G. MIGLIO, *Le origini della scienza dell'amministrazione*, (1957), ora in *Le regolarità della politica. Scritti scelti raccolti e pubblicati dagli allievi*, Milano 1988, I, p. 261.

blico bene' non è più identificabile – e non solo da oggi – con l'emanazione di quell'atto imperativo che, in grado di 'saltare' il processo, riesce, non di meno, grazie alla riconosciuta esecutorietà delle proprie pretese, a convertirsi in precetto coattivamente eseguibile.

Quel principio, oggi, non è sparito dall'ordinamento, ma è stato obbligatoriamente incanalato in una dimensione giustiziale che prevede il contraddittorio con il destinatario del provvedimento ancor prima della sua emanazione; quando, in certi casi e a certe condizioni, non scivoli, addirittura, su di un piano convenzionale, trasformando quell'atto unilaterale in vero e proprio accordo bilaterale.

Queste trasformazioni dell'amministrazione, per altro avviatesi sin dall'indomani delle sistematiche più inclini ad esaltare la specialità dello statuto dell'amministrazione – da Hauriou a Romano ad Otto Mayer – producono – è ormai evidente – importanti effetti sulle sintesi, enigmatiche, del presente, storicizzando, reciprocamente, le immagini ottocentesche.

Basterebbe pensare alla teoria kelseniana che, proprio all'indomani delle sistematiche sopra ricordate, sfumava i caratteri 'speciali' della realizzazione in via amministrativa dei compiti pubblici verso profili di carattere «esclusivamente sostanziale», semplicemente riscontrando che la denominazione di 'amministrazione pubblica' si riferiva, ormai, in misura assai ridotta a fattispecie funzionalmente determinate ed abbracciava, invece, per lo più, «fattispecie poste in essere da individui qualificati sul piano tecnico-giuridico in un modo ben preciso»[44].

Indirettamente, però, queste trasformazioni costringono anche a relativizzare i criteri normalmente utilizzati per segnare, nel campo dell'amministrazione, la frattura tra antico e

[44] H. KELSEN, *Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates*, 1923-24, trad. it., *La dottrina dei tre poteri o funzioni dello Stato*, in *Il primato del Parlamento*, a cura di Carmelo GERACI, Milano 1982, p. 98.

moderno. Si pensi a tesi di notevole impatto storiografico, come quelle di Roland Mousnier[45] o di Jaime Vicens Vives[46], che hanno siglato quel passaggio al moderno, fondamentale nell'evoluzione dello Stato assoluto, proprio con il sorgere di un'amministrazione esecutiva.

Se l'amministrazione pubblica, oggi, sempre meno si caratterizza per gli atti imperativi che emana; per il suo essere sostanzialmente diversa dalla *Justiz*; per il suo affidarsi ad un contenzioso che è speciale non solo per la provenienza dei suoi 'giudici', ma altresì per i modi di cognizione e di decisione: ebbene, se tutto questo è sempre meno vero, meno certa diventa anche l'irreversibile radicalità di quella svolta sei-settecentesca.

Proiettata l'amministrazione su di una prospettiva cronologica più ampia, che travalichi le sintesi ottocentesche, la specificità degli statuti d'azione e lo stesso *domaine propre*[47] del diritto amministrativo, di fronte a combinazioni in ogni tempo intrecciate e composite, cessano di rappresentare un parametro esclusivo e, lungi dal segnalare una frattura epocale, ripiegano più modestamente ad indicare la prevalenza, temporanea, di quello o quell'altro statuto giuridico nell'esercizio del potere pubblico.

[45] Cui si deve anche la più precisa teorizzazione della distinzione. Cfr. R. MOUSNIER, *L'évolution des institutions monarchiques en France et ses relations avec l'état social*, 1962, ora in *La plume, la faucille et le marteau. Institutions et société en France du Moyen Age à la Révolution*, Paris 1970, p. 223: «il y a administration judiciaire lorsque c'est le juge qui accomplit des tâches d'administration publique par ses arrêts de règlement et ses arrêts entre partie... Il y a administration exécutive lorsque les tâches d'administration publique sont confiées par le détenteur du pouvoir exécutif à des agents d'exécution dont les ordonnances ont force contraignante, et qui sont soustraits à l'action du juge dans l'exercice de leurs fonctions».

[46] J. VICENS VIVES, *La struttura amministrativa statale nei secoli XVI e XVII*, ora in E. ROTELLI-P. SCHIERA (edd), *Lo Stato moderno*, I: *Dal medioevo all'età moderna*, Bologna 1971, pp. 221-246. Si vedano anche alcune pagine di J.A. MARAVALL, *Estado moderno y mentalidad social*, Madrid 1972, trad. it. a cura di C. MOZZARELLI, *Stato moderno e mentalità sociale*, Bologna 1991, II, pp. 566-67.

[47] J.L. MESTRE, *Introduction historique*, cit., pp. 170 e ss.

La prospettiva 'giuridica', del diritto amministrativo e delle sue origini, nel momento in cui questo cessa d'identificarsi monoliticamente con il mondo del provvedimento imperativo e dell'esecutorietà, rischia così di rimanere eccessivamente tributaria delle immagini ottocentesche, consegnate all'ammirevole coesione dogmatica di 'parti generali' di pandettistica memoria. Rischia, cioè, di essere imprigionata nel gioco interno dell'alternarsi e dell'assestarsi dei diversi statuti di azione, incapace di trasferirsi, con lo stesso potere evocativo, dal piano delle forme giuridiche a quello degli assetti istituzionali.

Il passaggio dall'antica *administratio* alla moderna amministrazione pubblica rimane un nodo storiografico decisivo e indefettibile[48], se non si vuol rinunciare a 'spiegare' i caratteri fondanti e distintivi dell'esperienza medievale, di quella di antico regime e infine dello Stato contemporaneo, ma non potrà, però, più affidarsi con la sicurezza di prima soltanto ai profili formali dell'amministrazione esecutiva, se quel modello amministrativo pare confinarsi al solo orizzonte ottocentesco.

Il piano formale degli statuti d'azione – giustiziale/amministrativo – dovrà, cioè, sempre più integrarsi con altri criteri di supporto, nel momento in cui la fiducia che già alcuni Grandi del Settecento nutrivano per la specialità delle «leggi politiche» sta compiendo, quasi per intero, la sua parabola.

Se, dunque, sbiadisce la distinzione, che sino a poco fa ci sembrava nettissima, tra *loi politique* e *loi civile*[49], non resta,

[48] Lo ha ben ricordato J.M. PORTILLO VALDÉS, *La administración en la reciente historiografía italiana (Tema y variaciones)*, in «Anuario de historia del derecho español», LII, 1992, pp. 633 e ss.

[49] Secondo una distinzione che compare in una celebre affermazione di Portalis, del 1780: «... quand le public traite pour l'intérêt de tous, quand il agit ou quand il opère pour le bien de l'universalité. Alors la loi civile doit faire place à la loi politique, et le bien commun devient la loi unique et suprême». Il passo è riportato da J.L. MESTRE, *Introduction historique*, cit., p. 175. È noto, tuttavia, che le distinzioni settecentesche tra le diverse categorie di 'leggi' risultavano in larga misura ancora incerte proprio in ordine al riconoscimento e alla classificazione delle norme

probabilmente, per segnare quel passaggio, che tornare al criterio 'sostanziale' indicato da Kelsen: al soggetto, cioè, agli apparati; in una parola, alle 'Riforme', andando a ricercare, passo passo, analiticamente, quella «espansione qualitativa ed intensiva dei compiti pubblici»[50] che segna, con l'avvio dei processi di burocratizzazione, il sorgere dello Stato moderno.

Non ci resta che inseguire, cioè, scacchiere per scacchiere – e, dunque, secondo scansioni cronologiche di volta in volta diverse – le trasformazioni avviate, nel mondo delle istituzioni, in seguito all'introduzione di quei modelli burocratici di esercizio del potere pubblico, che, diramandosi da un centro ormai propriamente politico-amministrativo, cominciavano ad espropriare e a sostituire competenze e prerogative di apparati cetuali e corporativi, rompendo così, definitivamente, anche la primazia della giustizia nelle forme di attività del potere pubblico.

La stessa, celebre, disposizione contenuta nell'articolo 13 del titolo secondo della L. 16/24 agosto 1790[51], collocata tradizionalmente – ed a ragione – all'origine dei processi ottocenteschi che, a partire dalle grandi riforme napoleoniche dell'anno VIII, sanzionano l'autonomia e la specificità della funzione amministrativa, potrebbe tornare allora ad apparire il risultato di una lotta tutta settecentesca tra 'giustizia' e 'amministrazione'[52], non estranea ad altre esperien-

amministrative. Cfr. L. MANNORI, *Uno Stato per Romagnosi*, II: *La scoperta del diritto amministrativo*, Milano 1987, pp. 93 e ss.

[50] M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen 1922, trad. it., a cura di P. ROSSI, *Economia e società*, Milano 1961, II, p. 286.

[51] In base al quale «les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratives, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions».

[52] Spunti suggestivi in E. HINRICHS, *'Giustizia' contro 'amministrazione'. Aspetti del conflitto politico interno al sistema nella crisi dell'ancien régime*, in C. CAPRA (ed), *La società francese dall'ancien régime alla Rivoluzione*, Bologna 1982, pp. 199 e ss.

ze continentali, come quella prussiana o austriaca, pur assai lontane dai percorsi costituzionali della Rivoluzione.

Il mondo dell'amministrazione pubblica verrebbe così a dilatarsi lungo l'intero itinerario dello Stato moderno, dall'avvio dei processi stessi di statualizzazione sino al presente. Sarebbe, al contrario, il diritto amministrativo a veder restringere il proprio orizzonte cronologico, costretto a rinserrare un sempre più debole *domaine propre* nei grandiosi, ma ben delimitati percorsi della giuspubblicistica dell'Ottocento.

Autogoverno: una indagine semantica

di *Michael Stolleis*

I.

La lingua tedesca offre la possibilità di addizionare i sostantivi e creare in tal modo nuove unità concettuali. Questo procura alcune difficoltà, specie alle persone di madrelingua romanza: è però una proprietà che, oltre a permettere la formazione di paroloni curiosi, può essere utilizzata per coniare neologismi. Due parole, ognuna con diverso campo semantico, s'incontrano, e i campi semantici si fondono fra loro, proprio come nel caso della metafora, che unisce gl'incompatibili e con un «balzo della fantasia» (F. Garcia Lorca) dà origine a un nuovo significato. Termini quali «ragion di Stato» (*Staatsräson*), «legge fondamentale» (*Grundgesetz*), «Stato di diritto» (*Rechtsstaat*) o «Stato sociale» (*Sozialstaat*) sono creazioni di questo tipo e, come tali, databili a una precisa epoca storica. La loro comparsa è indice di trasformazioni della coscienza collettiva e della situazione politica: esprimono cioè qualcosa che, di tale coscienza, fino ad allora non era stato oggetto. Il termine «ragion di Stato», nell'uso che se ne fece per la prima volta durante il XVII secolo, designò una qualità nuova della definizione statale di interesse[1]. Il tedesco *Grundgesetz* – dal latino «lex fundamentalis» – introdusse, nel corso dei secoli XVII e XVIII, la distinzione fra diritto semplice e diritto costituzionale, di

Traduzione di Claudio Tommasi.

[1] Cfr. M. STOLLEIS, *Arcana Imperii und Ratio Status*, in M. STOLLEIS, *Staat und Staatsräson in der frühen Neuzeit*, Frankfurt am Main 1990 (trad. it., Napoli 1995).

rango superiore[2]. Il neologismo Stato di diritto (*Staatsrecht*) venne coniato attorno al 1800 nell'ambiente della filosofia kantiana e del protocostituzionalismo, e designò in sintesi il programma politico del liberalismo[3]. Lo «Stato sociale» o «del benessere», comparso negli anni venti di questo secolo, è espressione tipica dell'epoca dell'industrialismo e dell'interventismo statale[4]. Tutte queste parole recano dunque le tracce e le stigmate politiche del loro tempo.

E il composto «autogoverno» (*Selbstverwaltung*)? Quando apparve per la prima volta? In che periodo conobbe la fortuna maggiore? E a quale programma politico venne collegandosi? Le considerazioni seguenti intendono mostrare come l'«autogoverno» sia stato un elemento classico del pensiero borghese del XIX secolo e come, prima d'allora, non sia esistito nulla di designabile, a rigore, con questo termine.

Un'affermazione del genere appare certo paradossale, se per «autogoverno» s'intende la regolamentazione responsabile degli affari interni di piccole comunità sociali. L'autogoverno, in questo senso, esiste infatti dacché esiste l'uomo. Ogni sistema sociale chiuso ha il proprio autogoverno. E ovunque gli uomini si uniscano per scopi comuni, delimitino il loro campo d'attività verso l'interno e l'esterno[5] e creino un minimo di struttura giuridica, si può già dire che si «autogo-

[2] Cfr. H. MOHNHAUPT, *Die Lehre von der «Lex Fundamentalis» und die Hausgesetzgebung der europäischen Dynastien*, in J. KUNISCH (ed), *Der dynastische Fürstenstaat*, Berlin 1982, pp. 28 ss.

[3] Cfr. M. STOLLEIS, *Rechtsstaat*, in *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte*, Berlin 1971 ss., IV.

[4] Cfr. M. STOLLEIS, *Wohlfahrt*, *ibidem*, V.

[5] La «delimitazione» (*Begrenzung*) è il presupposto della nascita degli Stati. Il termine tedesco *Grenze* (confine), nel XVI secolo, è mutuato, non a caso, dal polacco *granizza* e ne costituisce un'estensione semantica. Evidente è inoltre il parallelo col lessico della bilogia: «Every organism has 'skin'. Wether it is skin, bark, scales, a protective cell layer, or a cell membrane, every organism hase some way of separating itself from the environment. It can maintain its highly complex internal order only by controlling what passes through this barrier» (Museum of Science and Industry, Chicago).

vernino», direttamente o mediante singoli incaricati. I numerosi corpi autonomi del medioevo – gilde e corporazioni, consociazioni d'ogni tipo, città e leghe cittadine – praticarono in tal senso l'autogoverno. E con il termine «autogoverno» li si può anche definire in sede storiografica: basta solo accordarsi sulla terminologia. Ma sta di fatto che nelle fonti medievali quest'espressione non compare. Dunque, si parli pure di un «autogoverno *ante litteram*», ma non si dimentichi il problema epistemologico che ne scaturisce: quello cioè di ammettere l'esistenza di una cosa prima ancora che sia stata pensata, o meglio, prima ancora che sia stata nominata.

II.

In ogni esperienza storica, la comparsa di un nuovo termine non è mai arbitraria o casuale. Può anzi succedere che i neologismi coniati siano innumerevoli, ma che solo pochi entrino poi nell'uso corrente: e ciò per il fatto di esprimere, in un certo modo, quello che tanti desiderano sia espresso. Un neologismo, che si affermi nella pratica linguistica, «risponde» a qualcosa di mai concepito prima d'allora. Dunque, non è per un capriccio della storia se il termine «autogoverno» compare, per la prima volta, verso la fine del XVIII secolo, e conosce poi la sua massima diffusione in età napoleonica, durante gli anni delle riforme. A quanto si sa, esso venne usato per primo dal «fisiocrate» tedesco Johann Adam Schlettwein[6] nell'opera che ha per titolo *Grundveste der Staaten, oder die politische Oekonomie* [Il fondamento degli Stati, ovvero l'economia politica] (Gießen-Marburg 1778). Si trattò, peraltro, di un impiego del tutto occasionale. Schlettwein sostenne che il patrimonio della corona era soggetto a «autogoverno» e che, pertanto, ad amministrarlo, doveva essere la corona «stessa» e non i ceti. Questo corrispondeva ancora alla vecchia concezione dell'assolutismo, tipica dell'età prerivoluzionaria. Né Schlettwein pare fosse consape-

[6] Cfr. D. MÖLLER, *Schlettwein*, in *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte*, IV.

vole di aver coniato – magari involontariamente – un termine poi destinato ad ampio successo.

La spinta ideologica che, negli anni seguenti, portò in auge l'espressione «autogoverno», venne dall'opposizione borghese all'assolutismo. «Autogoverno» divenne il motto di speranza di coloro che non volevano più sottostare alla burocrazia assolutistica. Il concetto opposto era, ugualmente, una parola composta, ossia *Staatsverwaltung* (amministrazione statale). Solo ora, nell'epoca in cui Stato e società presero piano piano a distanziarsi[7], si poté pensare a due forme d'amministrazione parimenti distinte. L'idea dell'autogoverno fu fatta propria dalle forze sociali interessate ad assicurarsi un'autonomia in ambito religioso, culturale, sociale ed economico. La società civile, in fase di crescita, si accorse che molte faccende, dapprima demandate allo Stato assolutistico, potevano ora essere sbrigate «autonomamente». L'autogoverno divenne un concetto progressistico, pur contenendo un elemento di provenienza romantica: un richiamo, cioè, a realtà medievali, che si soleva qualificare come «prestatutali» e «libere» e nel cui contesto le città, come culle di una borghesia in cerca di autoconsapevolezza, avevano vissuto una fase di splendore. L'«autogoverno» fu inoltre la bandiera di quanti condividevano la fede nel soggetto borghese, nella sua libertà di decidere, nel perfezionamento della specie umana tramite il libero sviluppo delle forze, nella tolleranza, nel libero mercato, nel senso civico e nella partecipazione agli affari pubblici. Si trattò quindi di un termine, utile a porre la società sullo stesso piano dello Stato, dal quale esigere la restituzione degli spazi fino ad allora occupati abusivamente. Chiunque volesse trasformare la condizione di suddito in quella di cittadino e reintegrare la borghesia cittadina negli antichi diritti, doveva comunque pronunciarsi in favore dell'autogoverno. Infine anche un fautore dell'idea costituzionale, che si battesse per una divisione funzionale dei poteri e che, pertanto, prendesse a bersaglio

[7] Cfr. R. SCHULZE, *Verwaltungsgeschichtsschreibung in Deutschland und Österreich*, in «Die Verwaltung», XVIII, 1985, pp. 351 ss. (in particolare p. 359).

l'idea centralistica dello Stato assoluto, poteva inserire l'autogoverno fra i propri *desiderata*: quantomeno perché, per suo tramite, si sarebbe potuto sottrarre all'amministrazione statale la cura dei «propri affari»[8].

L'idea di autogoverno, antistatalistica ma per nulla anarchica, poté allora svilupparsi su questa base in molte direzioni, investire diversi campi e assumere, in ognuno, una colorazione specifica. Al riguardo, val la pena distinguere cinque settori principali:

1. l'autogoverno dei comuni e dei circoli;
2. l'autogoverno delle professioni;
3. l'autogoverno della scienza;
4. l'autogoverno della Chiesa protestante, nel momento della sua separazione dallo Stato; e infine:
5. l'autogoverno della sicurezza sociale (a partire dal 1883).

III.

1. Il primo e più importante settore è quello inerente ai comuni e ai circoli. Sul finire dell'età assolutistica ci si ricordò del semplice assunto, secondo cui i sistemi decentrati reagiscono in modo più «organico» e flessibile di quelli centralizzati, e si pensò inoltre che la borghesia cittadina, per poter evolvere a classe portante dello Stato (con ampia capacità contributiva), andava liberata da ogni tutela[9]. L'Assemblea Costituente francese del 1789 discusse in questa direzione sul *pouvoir municipal*, mentre Karl Freiherr vom Stein, nella *Städteordnung* del 1808, riesumò l'idea dell'autogoverno allo scopo di mobilitare la cittadinanza a risolle-

[8] Fondamentale al riguardo è H. HEFFTER, *Die deutsche Selbstverwaltung im 19. Jahrhundert. Geschichte der Ideen und Institutionen*, Stuttgart 1969[2].

[9] Una tipica espressione del liberalismo sudtedesco è K. VON ROTTECK, *Gemeinde*, in K. VON ROTTECK-K. WELCKER (edd), *Das Staatslexikon*, V, Altona 1847[2], pp. 475-501. Si veda anche, dello stesso, *Gemeindeverwaltung*, *ibidem*, pp. 501-506.

vare dalla catastrofe lo Stato prussiano[10]. Durante il *Vormärz*, i liberali parlarono del «diritto fondamentale all'autogoverno»[11], mentre la costituzione belga del 1830, quella austriaca del 1849 e molte altre, concessero ai comuni un'autonomia limitata per legge. Infine, la *Reichsverfassung* francofortese del 1849 garantì a ogni «comune, quale diritto fondamentale della propria costituzione, ... l'amministrazione autonoma dei propri affari interni» (§ 184).

In Germania, dopo la fondazione dell'Impero, l'autonomizzazione del cosiddetto «campo d'azione proprio» dei comuni e dei circoli, è stata sancita da numerose leggi di riforma. Si pensi, in particolare, a quelle prussiane del 1873 e 1881. Il teorico più eminente fu, a questo riguardo, Rudolf von Gneist, che tradusse il tedesco *Selbstverwaltung* nell'inglese *selfgovernment*[12] e rese questo neologismo di casa anche in Inghilterra[13]. Il concetto che elaborò era però chiaramente diverso da quello adottato da Stein[14].

Questo modello di base si conservò anche durante il passaggio all'epoca industriale[15]. Più tardi, la garanzia giuridica

[10] Cfr. D. SCHWAB, *Die «Selbstverwaltungsidee» des Freiherrn vom Stein und ihre geistigen Grundlagen*, Frankfurt am Main 1971; R. KOSELLECK, *La Prussia fra riforma e rivoluzione 1791-1848*, Bologna 1988; F. RUGGE, *Il governo delle città prussiane tra '800 e '900*, Milano 1989.

[11] Si vedano le due voci di Rotteck citate alla nota 9.

[12] Cfr. R. VON GNEIST, *Die Geschichte des Selfgovernments in England oder die innere Entwicklung der Parlamentsverfassung bis zum Ende des 18. Jahrhunderts*, Leipzig 1863; dello stesso, *Verwaltung, Justiz, Rechtsweg, Staatsverwaltung und Selbstverwaltung nach englischen und deutschen Verhältnissen*, Leipzig 1869.

[13] Cfr. E.J.C. HAHN, *Rudolf von Gneist (1816-1895). The Political Ideas and Political Activity of a Prussian Liberal in the Bismarck Period*, Phil. Diss., Yale University 1971 (trad. tedesca, 1995); G. SCHMIDT-EICHSTEDT, *Staatsverwaltung und Selbstverwaltung bei Rudolf von Gneist*, in «Die Verwaltung», VIII, 1975, pp. 345 ss.; F. DARMSTÄDTER, *Ist das englische selfgovernment als Grundlage der deutschen Selbstverwaltung anzusehen?*, in *Gedächtnisschrift W. Jellinek*, 1955, pp. 535-548.

[14] Cfr. M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts*, Frankfurt am Main 1992, II, pp. 385-388.

[15] Cfr. G.Chr. VON UNRUH, *Kommunale Selbstverwaltung im Zeitalter*

dell'autogoverno comunale venne elevata al rango di norma costituzionale (art. 127 costituzione di Weimar, art. 28, comma II, costituzione di Bonn), e furono concessi i relativi strumenti di difesa davanti alla corte costituzionale federale (i cosiddetti ricorsi costituzionali dei comuni). Quanto più solida appare la continuità, tanto più evidente è però che l'autogoverno dei comuni non rappresenta più ai giorni nostri la forma d'organizzazione della società civile contro uno Stato monarchico e burocratico. Ormai, si tratta piuttosto di una copia locale della democrazia parlamentare, vincolata in misura crescente dalla legislazione e segnata dalla politica di partito: dunque un'amministrazione statale attuata con altri mezzi[16].

2. Torniamo ora agli anni intorno all'Ottocento e prendiamo in esame l'autogoverno delle libere professioni: in particolare, dell'artigianato. Si sa come lo Stato assoluto avesse speso considerevoli energie al fine di scardinare il rigido sistema delle gilde e aprire la strada alla modernizzazione tecnica e alla produzione per il mercato[17]. La riforma che in questo periodo introdusse la libertà d'impresa, vista a posteriori, fu certo ideata in termini troppo ottimistici, e ingenti furono i danni che provocò sul piano sociale[18]. In risposta a ciò, a partire dal 1830, si prese atto che meglio sarebbe stato reintrodurre una qualche regolamentazione statale in mate-

der Industrialisierung, 1971; R. HENDLER, *Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip. Zur politischen Willensbildung und Entscheidung im Verfassungsstaat der Industriegesellschaft*, 1984.

[16] Cfr. U. SCHEUNER, *Zur Neubestimmung der kommunale Selbstverwaltung*, in «Archiv für Kommunalwissenschaft», XII, 1973, pp. 1-44; W. BROHM, *Die Selbstverwaltung der Gemeinden im Verwaltungssysteme der Bundesrepublik*, in «Deutsches Verwaltungsblatt», 1984, pp. 293-300.

[17] Cfr. W. FISCHER, *Handwerksrecht und Handwerkswirtschaft um 1800*, 1955; F.H. KAUFHOLD, *Das Gewerbe in Preussen um 1800*, 1978. Si vedano inoltre i contributi di Kaufhold e di K. von Eyll, in K.G.A. JESERICH-H. POHL-G.Chr. VON UNRUH (edd), *Deutsche Verwaltungsgeshichte*, II, Stuttgart 1983.

[18] Cfr. K. ABRAHM, *Der Strukturwandel im Handwerk in der I. Hälfte des 19. Jahrhunderts*, 1955.

ria di professioni. Ma per non ripetere gli errori della legislazione assolutistica, ci si rifece all'idea dell'«autogoverno» dei mestieri. Dunque, nel corso del XIX secolo – e soprattutto fra il 1867 e il 1900 –, con una serie di leggi, ora ampliative, ora limitative, venne istituito, sotto il controllo statale, un sistema d'autogoverno dei mestieri, che dapprima ebbe carattere privatistico e in seguito, sempre più chiaramente, assunse dignità di diritto pubblico[19]. Alla fine di questo processo, le camere di commercio si trovarono ad essere vere e proprie corporazioni di diritto pubblico, con norme d'ammissione rigorosamente applicate, con pratiche di formazione professionale e controlli esercitati dall'interno. Nell'insieme, se ne poteva parlare, per certi versi, come di una riesumazione dell'antico sistema delle corporazioni, adattato alle forme giuridiche del XIX secolo[20].

3. Nel settore della scienza, la riforma humboldtiana dell'Università tradusse in atto quella libertà d'autorganizzazione (congiunta all'idea di unità di ricerca e insegnamento), che poi, durante il XIX secolo, avrebbe conosciuto lo sviluppo spesso descritto dalla storiografia sull'argomento[21]. Verso il 1800, le Università di *ancien régime* erano giunte al termine della loro vicenda. Una su due, perciò, venne chiusa[22]. Le altre sopravvissero come istituzioni statali finanziate dall'erario, non bastando più le vecchie dotazioni patrimo-

[19] Cfr. P. JOHN, *Handwerk im Spannungsfeld zwischen Zunftordnung und Gewerbefreiheit*, 1987.

[20] Cfr. M. STOLLEIS, *«Innere Reichsgründung» durch Rechtsvereinheitlichung 1866-1880*, in Ch. STARCK (ed), *Rechtsvereinheitlichung durch Gesetze*, Göttingen 1992, pp. 15-41 (in particolare p. 34).

[21] Cfr. P. SCHIERA, *Il laboratorio borghese. Scienza e politica nella Germania dell'Ottocento* (Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento. Monografia 5), Bologna 1987.

[22] Per le fonti coeve si vedano J.D. MICHAELIS, *Raisonnement über die protestantischen Universitäten in Deutschland*, Frankfurt-Leipzig 1768-1776, e Ch. MEINERS, *Über die Verfassung und Verwaltung deutscher Universitäten*, 2 voll., Göttingen 1801-1802. Sulla «morte delle università» intorno al 1800, cfr. M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts*, cit., I, pp. 331-333.

niali: e tuttavia, nell'essenziale, continuarono ad amministrarsi da sé.

Da allora in poi, «autogoverno universitario *vs.* amministrazione statale» divenne uno degli *slogans* più ricorrenti e discussi. In realtà, nell'epoca della grande ricerca patrocinata dall'industria, quanto più l'idea di «autogoverno» ha perso consistenza, tanto più sono apparsi (e appaiono tutt'oggi) irrinunciabili i residui elementi d'autogoverno interno della scienza, in merito sia alla formazione dei ricercatori che alla ripartizione dei mezzi disponibili. Qualsiasi autogoverno, per quanto imperfetto, sembra pur sempre preferibile a una distribuzione dall'alto, gestita da una burocrazia statale incompetente nelle questioni della scienza.

4. Le chiese territoriali protestanti, sorte nel XVI secolo a seguito della Riforma, sottostavano al governo del principe territoriale. Questi era a un tempo sia il supremo «vescovo» (praecipuum membrum ecclesiae), sia – e sempre più – la massima autorità territoriale, che dirigeva le chiese in forza dei propri diritti di signoria. Fino alla fine del XVIII secolo, come risulta continuamente dagli atti di fondazione, trono e altare convissero, nella Germania evangelica, in stretta e complessa simbiosi. In seguito, però, prese corpo lentamente un'amministrazione autonoma delle chiese, nella quale, sotto l'influsso dei movimenti politici, vennero inserendosi i laici; e a poco a poco, nelle coscienze, i due poteri cominciarono a distinguersi fra loro. Di fatto però nel XIX secolo non si raggiunse mai un vero «autogoverno» ecclesiastico. Solo la Costituzione di Weimar del 1919 (artt. 135-141) separò «alla radice» lo Stato dalla Chiesa[23]. Essa garantì l'autogoverno ecclesiastico, ma provvide anche a limitarlo con la formula «entro i limiti della legge per tutti vigente» (art. 137, c. III). In tal modo si cercò di legare la garanzia di

[23] L'abbondante letteratura su questo tema è compendiata al meglio da A. von Campenhausen, in H. von Mangoldt-F. Klein, *Das Bonner Grundgesetz. Kommentar*, München 1991^{3}, XIV (sull'art. 140 della costituzione).

libertà alla responsabilità dello Stato per il bene di tutti i cittadini.

5. Quale ultimo ambito di autogoverno va ricordata la sicurezza sociale[24]. Come parte essenziale della politica interna bismarckiana, dal 1878 in poi, essa prese corpo, in sede legislativa, da un compromesso fra il «socialismo di Stato», voluto dal cancelliere, e l'assicurazione privata autonoma. I nazional-liberali, date le loro riserve verso il sistema obbligatorio, si dissero d'accordo, non appena al sistema venne garantito l'«autogoverno»[25]. Il sistema delle assicurazioni fu quindi costruito negli anni 1883-1889 e, pur fra mille ripensamenti, si è mantenuto fino a oggi, con proprie «elezioni sociali» e un «apparato d'autogoverno» di vaste proporzioni.

L'esempio dell'autogoverno nel campo dell'assicurazione sociale dimostra, in pari tempo, quanto siano diversi i modelli del XIX secolo. In breve si può dire che, dopo il 1878, l'autogoverno divenne un contentino concesso dallo Stato interventista nascente allo scopo di compensare i cittadini per una sostanziale perdita di libertà. L'autogoverno dell'assicurazione sociale, peraltro, non divenne mai un dominio di pertinenza della borghesia. Semmai fu il movimento operaio che, specie nel campo dell'assicurazione contro le malattie, seppe avvalersi di queste opportunità e considerare l'autogoverno quale surrogato del rifiuto opposto dallo Stato alla sua partecipazione diretta agli affari pubblici[26].

[24] Cfr. F.E. SCHNAPP, *Selbstverwaltung in der Sozialversicherung*, in A. VON MUTIUS (ed), *Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft, Festgabe für C.Ch. von Unruh*, Heidelberg 1983, pp. 881 ss.; F. HUFEN, *Soziale Selbstverwaltung im demokratischen Rechtsstaat*, in Deutscher Sozialrechtsverband (ed), *Selbstverwaltung in der Sozialversicherung*, 1991.

[25] Cfr. M. STOLLEIS, *Die Sozialversicherung Bismarcks. Politisch-institutionelle Bedingungen ihrer Entstehung*, in H.F. ZACHER (ed), *Bedingungen für die Entstehung und Entwicklung von Sozialversicherung*, Berlin 1979, pp. 387-411.

[26] Cfr. F. TENNSTEDT, *Sozialgeschichte der Sozialversicherung*, in *Handbuch der Sozialmedizin*, III, 1976, p. 390 (sul «dominio della socialdemocrazia nell'assicurazione sulle malattie»).

L'autogoverno comunale fu invece dopo il 1808 di pertinenza della borghesia e tale è rimasto, soprattutto nelle città. Nelle campagne, almeno in quelle prussiane, l'autogoverno dei circoli divenne appannaggio della nobiltà.

L'autogoverno dei mestieri, di pertinenza degli artigiani, rimase confinato entro i limiti della «gilda», pur mutando, a poco a poco, il proprio abito privatistico in uno di diritto pubblico. Lo stesso vale per l'autogoverno della scienza, che continuò a essere un affare per i soli addetti, ossia per i professori. Dunque, si può dire che il concetto di «autogoverno» sia stato innanzitutto inteso nel senso della liberazione dall'assolutismo, come veicolo cioè della borghesia e dei riformatori suoi alleati. Esso venne imposto nelle città e nelle università, ossia nei luoghi ove le vecchie forze erano ormai in via d'esaurimento. L'autogoverno professionale dei mestieri fu invece, fondamentalmente, il succedaneo funzionale della costituzione corporativa, nel frattempo dissoltasi. Infine, l'autogoverno dell'assicurazione sociale rappresentò un compromesso parlamentare fra il socialismo di Stato, lo Stato interventista e le forze borghesi che ad esso si opponevano.

IV.

Le linee di sviluppo fin qui tratteggiate hanno avuto prosecuzione anche nel XX secolo. La rivoluzione industriale, la questione sociale e la crescita demografica fecero sì che ai comuni fossero trasferiti gran parte degli impegni «previdenziali» dello Stato[27]. Tuttavia, la crescente necessità di sussidi statali spinse i comuni lungo la china di un lento deterioramento della loro autonomia amministrativa. Sul finire dell'età weimariana si poteva già parlare di crisi dell'autogoverno comunale[28]. Lo Stato nazista lo eliminò totalmen-

[27] L'espressione *Daseinsvorsorge*, coniata nel 1931 da Karl Jaspers, fu introdotta nel dibattito amministrativo da E. FORSTHOFF, *Staat als Leistungsrträger*, 1938. La sua maggior fortuna rimonta, però, a dopo il 1950.

[28] Cfr. A. KÖTTGEN, *Die Krise der kommunale Selbstverwaltung*, 1931.

te, pur dichiarando, con enfasi, che la *Gemeindeordnung* del 1935 era una legge emanata «secondo lo spirito del creatore dell'autogoverno comunale: il Reichsfreiherr vom Stein» (preambolo)[29].

Anche l'autogoverno dei ceti professionali si tramutò, da autogoverno autentico, in sistema di associazioni obbligatorie di diritto pubblico con autonomia ristretta e limitati benefici di legge[30]. L'autoamministrazione qui praticata mantenne piuttosto un carattere misto di amministrazione statale (con inclusione della competenza degli interessati) e di tutela degli interessi di ceto. A sua volta, l'autogoverno della sicurezza sociale è venuto via via trasformandosi in un sistema di macroburocrazie, entro le quali il singolo assicurato, pur rimanendo elemento nella formazione della volontà comune, non ha più, in realtà, alcun ruolo da svolgere.

La riflessione sull'«autogoverno» in termini di storia delle idee investe fatalmente i problemi, assai complessi, della divisione dei compiti fra Stato e società. Certo, non è possibile ridurre a una formula le risultanze del dibattito che, nell'arco di oltre un secolo, ha visto partecipi il barone vom Stein e gli altri riformatori prussiani, Georg von Beseler (col suo «concetto di consociazione»), Rudolf von Gneist (col suo «selfgovernment»), l'allievo di Beseler Otto von Gierke e i suoi discepoli Hugo Preuss e Hugo Sinzheimer. Tuttavia, se ne può forse estrapolare un elemento comune: la presa di distanze dall'assolutismo, centralistico e onnipotente, la speranza di risvegliare il senso di responsabilità della borghesia e d'incanalarne le forze lungo binari prefissati. La società doveva giungere ad autocoscienza e organizzarsi in base al principio dell'uguaglianza dei membri. La politica comunale, le professioni, la scienza, la vita ecclesiastica e la sicurezza sociale dovevano essere regolate da coloro che avevano

[29] Cfr. H. MATZERATH, *Nationalsozialismus und kommunale Selbstverwaltung*, Stuttgart-Berlin-Köln 1970.

[30] Cfr. W. BROHM, *Selbstverwaltung in wirtschafts- und berufsständischen Kammern*, in A. VON MUTIUS (ed), *Selbstverwaltung*, cit., pp. 777-807.

competenza in materia: dai «cittadini» attivi, dunque, e non dall'estranea burocrazia statale. E la comunità sarebbe dovuta consistere, almeno idealmente, dell'insieme di queste unità autoregolamentate. Hugo Preuss è colui che, in sede teorica, ha compiuto su questa strada i passi più lunghi e, quindi, si è maggiormente distanziato dalla corrente dominante nell'ambito della dottrina pubblicistica[31].

Ma idee come queste riflettono ancora lo spirito del XIX secolo. Durante il secolo XX, in presenza di condizioni del tutto diverse, esse sono andate incontro a una crisi profonda. Ma di ciò non val la pena di occuparsi nel presente contesto. Basterà indicare in che cosa consista: le differenze fra amministrazione statale e autogoverno si sono nuovamente livellate, gli interessati non sono più partecipi, l'autogoverno, al pari di ogni altra amministrazione, è retto da burocrazie e l'enorme bisogno di denaro ha imposto la totale dipendenza di qualsiasi amministrazione dallo «Stato fiscale» (*Steuerstaat*: ancora una parola composta!).

Può darsi – e con questa ipotesi concludo – che il vistoso sviluppo delle cosiddette «iniziative libere» o «civili» e dei «gruppi autonomi» sia una reazione alla suddetta crisi[32]. In una società aperta, l'esigenza di concorrere alla gestione della cosa pubblica si riafferma di continuo. Se l'autogoverno degenera, a causa della burocratizzazione crescente, tale esigenza si fa strada su altri versanti. Nella Repubblica federale, il numero delle persone organizzate in «iniziative civili» oltrepassa di molto quello di coloro che operano negli enti di autogoverno o sono membri di partiti politici. E questo la dice lunga sulla condizione in cui versano, attualmente, sia l'autogoverno che i partiti stessi.

[31] Cfr. H. PREUSS, *Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften*, Berlin 1889, rist. anast. Aalen 1964; dello stesso, *Staat, Recht und Freiheit*. Mit einem Geleitwort von Theodor Heuss, 1926, rist. anast. Aalen 1964.

[32] Cfr. M. STOLLEIS, *Parteienstaatlichkeit – Krisensymptome des demokratischen Verfassungsstaat?*, in «Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer», XLIV, 1986, pp. 7-45.

Unità dello Stato e nuove figure soggettive: l'individuazione dei caratteri della personalità giuridica pubblica

di *Giorgio Bongiovanni*

1. *La distinzione pubblico/privato e le nuove figure soggettive*

Il problema della chiarificazione dogmatica dei caratteri distintivi delle persone giuridiche «pubbliche» da quelle di diritto privato diviene un punto obbligato delle analisi dei pubblicisti e dei civilisti negli ultimi anni del secolo scorso. La distinzione tra i due ambiti diviene un passaggio argomentativo di progressiva importanza e rilevanza teorica. Alla fine del secolo si sviluppa cioè un nuovo genere di riflessione che si incentra, facendo riferimento a tutta una serie di nuovi soggetti giuridici, sulla distinzione tra pubblico e privato. La rilevanza e la progressiva importanza di questa elaborazione, in ambito europeo, è testimoniata non solo dalla sua presenza nelle trattazioni generali e dalla pubblicazione di monografie dedicate a questo tema, ma anche, a contrario, dal fatto che i primi critici novecenteschi della separazione tra diritto pubblico e privato assegnano al tema della personalità giuridica pubblica un ruolo paradigmatico per l'elaborazione pubblicistica. Basti pensare, in questa direzione, ad un articolo di Franz Weyr del 1908 dedicato a *Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystems*[1]. Criticando la distinzione tra diritto pubblico e privato, Weyr dedica una parte decisiva dei suoi sforzi alla negazione dei criteri di distinzione tra persone giuridiche proposti dalla dottrina tedesca facendo riferimento, in particolare, alle elaborazioni

[1] F. WEYR, *Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystems*, in «Archiv für Öffentliches Recht», XXIII, 1908.

di G. Jellinek[2] e alla monografia di H. Rosin dedicata a *Das Recht der öffentlichen Genossenschaft*[3]. Con chiarezza Weyr individua due punti di snodo decisivi della riflessione precedente: la distinzione pubblico/privato rimanda da un lato alla persistenza di elementi *polizeistaatlich* nella elaborazione pubblicistica e, dall'altro, alla incomprensione o, per meglio dire, alla volontà di incanalare secondo una dogmatica ancora ottocentesca le nuove realtà associative. Di fronte ad una estesa, secondo Weyr, *Sozialisierung*[4], la dottrina pubblicistica e amministrativistica propone schemi incerti ed ancorati ad una visione del rapporto Stato/società ancora pienamente liberale.

Il tema della personalità giuridica pubblica appare così assumere una duplice rilevanza: esso è una parte non secondaria, a livello dogmatico-concettuale, della sistemazione dei caratteri del diritto pubblico e amministrativo e contemporaneamente è un aspetto importante delle trasformazioni dello Stato liberale e della riarticolazione dei suoi rapporti con la società. In termini modellistici si può dire che la riflessione giuridica sulla personalità giuridica pubblica è uno dei punti di snodo della trasformazione dello Stato liberale di diritto in Stato amministrativo e parallellamente uno dei punti di sistemazione di una dogmatica giuridica che si rivelerà per molto tempo persistente.

Dal primo punto di vista il dato di riferimento è direttamente la nascita di una serie di nuove figure soggettive che emergono a partire dalla seconda metà dell'Ottocento e si pongono come *genus* non chiaramente determinabile. Facendo riferimento al dato italiano e solo agli enti più significativi basti ricordare come nel 1862 vengano istituite le Camere di commercio, nel 1865 appositi Istituti del Credito fondiario, l'anno successivo i 'Comizi agrari', nel 1874 i Collegi degli avvocati e procuratori, nel 1878 il Monte delle

[2] Weyr fa riferimento soprattutto a G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, (1892), Tübingen 1905.

[3] H. ROSIN, *Das Recht der öffentlichen Genossenschaft*, Freiburg 1886.

[4] F. WEYR, *Zum Problem*, cit., p. 577.

pensioni per i pubblici insegnanti elementari, nel 1883 la Cassa nazionale di assicurazione per gli infortuni degli operai sul lavoro, attraverso una convenzione tra Ministero e una serie di banche, a cui seguirono negli anni successivi moltissime nuove istituzioni nel settore previdenziale che nascono come «casse-sovvenzioni», «monti-pensione», «fondi speciali» fino al 1898 in cui nasce il primo ente veramente autonomo e cioè la «Cassa nazionale di previdenza per l'invalidità e la vecchiaia degli operai» e ancora, successivamente, nei primi anni del '900, una serie di 'consorzi' economici e aziende destinate a fini specifici fino ad arrivare all'istituzione nel 1912 dell'Istituto nazionale delle assicurazioni che nasce con «personalità giuridica e gestione autonoma»[5].

Si tratta di figure soggettive tra loro eterogenee non solo per funzioni ma anche sotto il profilo organizzativo e sulla base della stessa definizione legislativa che utilizza diverse formule. Un dato però appare unificare queste diverse figure soggettive ed è il fatto che si riconnettono tutte a quella «funzione sociale» dello Stato che Ranelletti sottolinea nei suoi *Princípi* del 1912[6]. E più in generale rimandano ad una trasformazione profonda degli equilibri della società ottocentesca. Esse si situano infatti sulla linea di confine tra Stato e società e rappresentano sia per quanto riguarda le modalità istitutive che le forme organizzative un genere intermedio tra amministrazione tradizionale e forme private. Il progressivo intervento statale sia nel sostegno allo sviluppo economico che in compiti di 'prestazione' sociale avviene infatti attraverso formule organizzative che si pongono sul confine tra pubblico e privato. Questo dato appare evidente in relazione ad un triplice ordine di fattori. In primo luogo è indicativa in questo senso la modalità di costituzione di queste nuove figure soggettive. La creazione di questi Enti ri-

[5] Su questa evoluzione si vedano G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, Bologna 1991; A. DE NITTO, *Dottrina e realtà delle persone giuridiche pubbliche tra fine '800 ed inizi '900 in Italia*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 11/12, 1982-83.

[6] O. RANELLETTI, *Principii di diritto amministrativo*, I, Napoli 1912; sul significato dell'elaborazione di Ranelletti si veda B. SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale*, Milano 1985, pp. 429 ss.

manda infatti sia ad una diretta azione statale (assicurazioni sociali) sia alla regolamentazione legislativa di precedenti istituzioni. È il caso, in Italia, delle normative di settore relative alle opere pie e alle casse di risparmio nelle quali, nel periodo crispino, vengono fissati criteri regolativi di una certa organicità[7]. Si tratta, in questo caso, della introduzione di un regime di parziale pubblicizzazione per enti di chiara origine privatistica e sprovvisti di qualsiasi potere imperativo. Questo intreccio tra elementi statali ed elementi sociali appare, in secondo luogo, ancora più evidente se si fa riferimento ai soggetti e agli interessi di cui sono espressione le nuove realtà istituzionali. Questo doppio carattere, evidente in relazione alle Camere professionali nelle quali ad enti esponenziali di interessi particolari viene affidata la gestione di compiti amministrativi, è un aspetto che contrassegna anche le altre istituzioni nelle quali la rilevanza pubblica si affianca alla cura di interessi di specifiche cerchie sociali[8]. Infine, questa duplicità si ritrova, a livello di più diretta rilevanza giuridica, negli statuti di attività presenti in queste diverse istituzioni. Di fronte ad enti caratterizzati dalla presenza di poteri imperativi, troviamo situazioni nelle quali vi è una commistione di strumenti imperativi e consensuali ed altre, in riferimento al primo ente pubblico economico quale l'Istituto nazionale delle assicurazioni, inserite in una dinamica di esclusivo diritto privato. Di converso questa commistione sembra pervadere lo stesso mondo del diritto privato dove la nascita di una serie di figure soggettive non legate alla dinamica commerciale del profitto ma ad una più complessiva funzione 'sociale' pone il problema del confine tra dinamica privatistica e caratteri della pubblicità[9].

[7] Rispettivamente con le leggi 17 luglio 1890, n. 6972 sulle opere pie e 15 luglio 1888, n. 5446 sulle casse di risparmio. Su questi aspetti B. SORDI, *Origine e itinerari scientifici della nozione di «ente pubblico» nell'esperienza italiana*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 21, 1992, pp. 321-323; G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, cit., pp. 39-44.

[8] Su questi aspetti si veda K.J. BIEBACK, *Die öffentliche Körperschaft*, Berlin 1976, pp. 315 ss.

[9] B. SORDI, *Origine e itinerari*, cit., pp. 319-320 che fa riferimento alle elaborazioni di E. Cimbali e N. Coviello.

Questa complicazione dei rapporti pubblico/privato e l'emergenza di fenomeni di intreccio tra Stato e società è un indice diretto dei processi di trasformazione dello Stato liberale all'interno del quale si afferma una progressiva articolazione dei soggetti e degli interessi: lo Stato liberale appare, seppure in questa fase ancora monoclasse, decisamente non monoceto ed articolato in diversi e confliggenti interessi e avviato al riconoscimento di una pluralità di istanze sociali[10].

La necessità per la dottrina di definire i caratteri del pubblico e di evidenziarne i riferimenti in relazione alla personalità giuridica diviene, in questo contesto, un compito non solo di rilevanza pratica ma di più generale rilevanza costituzionale. Il dato più diretto per cui l'attribuzione o l'inserimento nell'ambito del pubblico comporta effetti giuridici differenti si collega cioè alla necessità di una ridefinizione dell'ambito statale compatibile con i presupposti della dottrina dello Stato di diritto. L'apparizione di figure soggettive al confine tra pubblico e privato e basate sulla commistione di elementi sociali e statuali rischiava infatti di mettere in discussione l'unitarietà della persona giuridica statale. Questo problema ha, nel passaggio del secolo, una duplice rilevanza. In primo luogo fa riferimento alla esigenza, nell'ambito di un processo di progressiva specializzazione disciplinare del diritto amministrativo, di fissare con chiarezza le categorie dogmatiche di una amministrazione costruita in massima parte sulla necessità della 'pubblicizzazione'[11]. La costruzione cioè del diritto pubblico intorno al dogma della unitarietà della persona giuridica statale e della specialità amministrativa richiedevano una costruzione unitaria e il più possibile univoca dei soggetti pubblici. Il secondo aspetto è relativo agli effetti che l'attribuzione della natura pubblica porta con sé: il problema acquista una rilevanza immediata in relazione alla regolamen-

[10] G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, cit., pp. 32 ss.; M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere*, Bologna 1986, pp. 40 ss.

[11] Su questo itinerario B. SORDI, *Diritto amministrativo (evoluzione dal XIX secolo)*, in *Digesto, Discipline pubblicistiche*, V, Torino 1991[4]; e in relazione alla vicenda tedesca B. SORDI, *Tra Weimar e Vienna*, Milano 1987.

tazione dei rapporti di impiego e soprattutto per quanto riguarda la giurisdizione competente alla soluzione delle controversie, fornendo il criterio per l'attribuzione al giudice ordinario o a quello amministrativo.

L'evidenziazione dei criteri di distinzione tra le persone giuridiche assume così non solo un valore pratico ma diviene un problema attraverso il quale la dottrina pubblicistica si confronta con i mutamenti della società liberale.

Questa vicenda ha una diretta rilevanza, in Italia, in relazione soprattutto alla interpretazione che si sviluppa, a cavallo tra Otto e Novecento, sui primi Enti pubblici. L'analisi delle diverse posizioni dottrinali richiederà il richiamo alle parallele elaborazioni della dottrina tedesca che fornisce, in questo quadro, le principali alternative teoriche.

Il contesto generale è, nella nostra prospettiva, la capacità del diritto pubblico e amministrativo di interpretare questa nuova situazione storica o, al contrario, la persistenza di una immagine legata agli schemi ottocenteschi.

2. *I criteri di distinzione delle persone giuridiche: tra attività e organizzazione*

La distinzione tra pubblico e privato subisce nella seconda metà dell'Ottocento un processo di progressiva sistemazione dogmatica. La dogmatica stessa è espressiva, in questo lasso di tempo, dei profondi mutamenti che stanno intervenendo nel corpo amministrativo dello Stato. Come è stato recentemente messo in evidenza infatti, la dogmatica ottocentesca è per molto tempo legata a schemi precisi che, seppure vaghi, paiono non incontrare particolari opposizioni[12]. L'analisi giuridica cioè dei cosiddetti enti morali e delle società private è infatti, senza particolari tormenti dottrinali, legata alla distinzione tra pubblico e commerciale. Se nel primo caso il richiamo è allo svolgimento di una generica ragione pubblica in cui però il contrassegno decisivo è la

[12] B. SORDI, *Origine e itinerari*, cit., p. 318.

mancanza di fini di lucro, nel secondo caso è la dimensione del profitto che appare come il criterio principale di identificazione del privato. A questo dato, che riflette le definizioni normative dell'art. 2 del codice civile e di quelle del codice commerciale, corrisponde, a livello dogmatico, la mancanza di un concetto unitario di personalità giuridica[13]. Sulla base delle indicazioni normative infatti la sistemazione teorica è articolata sulla distinzione tra corpi morali e società commerciali. Per quanto riguarda i primi, se tralasciamo i corpi territoriali nei quali la potestà di imperio è il principale indice del loro carattere «pubblico», per gli altri corpi morali l'identificazione avviene in questa fase attraverso il richiamo alla loro funzione sociale e più in generale alla loro «ragione pubblica»[14]. Si tratta di una categoria indifferenziata al suo interno e che, aldilà del problema del controllo da parte dello Stato che non serve a differenziare il pubblico dal privato, si caratterizza soprattutto verso l'esterno. La finalità pubblica ha sempre una dimensione genericamente 'sociale' e soprattutto esclude qualsiasi finalità di lucro. Il discrimine è quello tra pubblico e commerciale, il punto di riferimento negativo sono le società commerciali. In termini dogmatici, in questo periodo, alcuni autori tendono ad identificare la personalità giuridica con la capacità patrimoniale e a porre il discrimine solamente in una semplice differenza di regime[15]. La dimensione pubblicistica restava cioè indif-

[13] Sulla nozione di personalità giuridica e sull'idea di una sua duplice specie, F. RUFFINI, *La classificazione delle persone giuridiche in Sinibaldo dei Fieschi (Innocenzo IV) ed in Federico Carlo di Savigny* (1898), in *Scritti minori*, II, Milano 1930, pp. 5-90. Una ricostruzione della concezione teorica sottesa all'art. 2 c.c. in F. GALGANO, *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica*, in «Rivista di diritto civile», I, 1965, pp. 554 ss.; sul rapporto pubblico/privato in relazione allo stesso articolo, dello stesso, *«Pubblico» e «privato» nella qualificazione della persona giuridica*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, I, Padova 1972, pp. 281 ss.; inoltre B. SORDI, *Origine e itinerari*, cit., pp. 314-318; A. DE NITTO, *Dottrina e realtà*, cit., pp. 635-644; G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, cit., pp. 62-71.

[14] G. GIORGI, *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali*, V, Firenze 1895, pp. 1-5.

[15] Tra questi F. RUFFINI, *La classificazione delle persone giuridiche*, cit.; M. PESCATORE, *Filosofia e dottrine giuridiche*, II, Torino 1879.

ferenziata: alla individuazione di una capacità di diritto pubblico per la persona giuridica non corrispondevano conseguenze apprezzabili né in relazione alla efficacia degli atti né in termini giurisdizionali.

La situazione, come abbiamo indicato, cambia al passaggio del secolo: alla distinzione pubblico/commerciale subentra un unitario concetto di personalità giuridica[16]. Questo passaggio è stato richiamato nelle considerazioni introduttive: alla emergenza di una serie di figure soggettive che sia nel diritto privato che nell'ambito pubblico si distaccano rispetto alle distinzioni precedenti (l'emergenza di società private non legate alla dimensione commerciale e contemporaneamente la nascita di enti pubblici legati ad una dimensione di diritto privato) si collega l'esigenza dogmatica della riunificazione del concetto di personalità giuridica, come capacità generale di diritti, facoltà e poteri e quella parallela, sulla base anche delle prime normative organiche, della distinzione tra persona pubblica e privata. L'emergenza di una realtà complessa e l'evoluzione delle discipline pubblicistiche verso una compiuta autonomizzazione e specializzazione, conduce verso un concetto unitario di personalità giuridica all'interno della quale vanno distinti i caratteri dell'ambito pubblico da quelli privati. In questa fase inoltre la distinzione inizia ad avere un significato più direttamente pratico: l'attribuzione del carattere pubblico e l'inclusione o l'esclusione acquisiscono un ruolo rilevante.

A partire dalla metà degli anni novanta il tema della distinzione tra persona pubblica e privata viene posto al centro della riflessione amministrativa e il punto di analisi si situa sui criteri di distinzione. Fissata l'unitarietà del concetto di persona giuridica, il problema diviene quello della individuazione del «nesso differenziale tra le due classi»[17].

[16] B. SORDI, *Origine e itinerari*, cit., pp. 319-320; A. DE NITTO, *Dottrina e realtà*, cit., p. 644.

[17] F. FERRARA, *La classificazione delle persone giuridiche*, in «Rivista di diritto pubblico», IV, 1912, riprodotto in *Teoria delle persone giuridiche*, Napoli-Torino 1923 (1915) (cui si riferiscono le citazioni), p. 742.

Il dibattito italiano su questa questione si incentra su due alternative principali[18]. Una parte della dottrina identifica il confine tra pubblico e privato soprattutto nella potestà di imperio e, conseguentemente, nei diversi statuti di azione che caratterizzano gli Enti pubblici rispetto alle società private, mentre per l'altra parte della dottrina il criterio di distinzione va individuato nel tipo di scopo perseguito dai diversi soggetti. Questa distinzione ha poi non solo un rilievo dogmatico ma, come già rilevato, incide sulla inclusione od esclusione di alcuni soggetti nelle diverse categorie, fornendo soluzioni differenti in rapporto ad alcuni Enti. Così per Francesco Ferrara, sostenitore del primo punto di vista, la soluzione va individuata nel diverso tipo di rapporto che il soggetto pubblico ha di fronte ai terzi, di superiorità e non, come nel diritto privato, di eguaglianza. La distinzione tra diritto pubblico e privato, in un'ottica di derivazione statalistica, viene individuata nella

«diversa posizione dei soggetti nel rapporto giuridico, avendosi rapporto pubblico, quando il soggetto interviene come portatore di podestà suprema, investito d'imperium, mentre nel rapporto privato i soggetti si contrappongono in condizioni di parità, sul piede dell'eguaglianza»[19].

Il criterio decisivo è, in questa versione, la potestà di imperio e il riferimento è così direttamente agli statuti di azione e agli effetti giuridici della personalità pubblica. In questa direzione «pubblico vuol dire statuale, dunque persone pubbliche sono quelle che partecipano dei caratteri statuali, di qualità e prerogative che sono esclusive ed essenziali dello Stato»[20]. Le persone di diritto pubblico divengono così enti cooperatori od ausiliari dello Stato che ricevono questa qualità attraverso «un atto di concessione dello Stato»[21], che

[18] B. SORDI, *Origine e itinerari*, cit., pp. 324-325; G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, cit., pp. 62 ss., che individua un'impostazione statalista ed una pluralista.

[19] F. FERRARA, *La classificazione delle persone giuridiche*, cit., pp. 749-750.

[20] *Ibidem*, p. 750.

[21] *Ibidem*, p. 752.

diviene il vero punto centrale della costruzione. L'unico dato differenziante, rispetto ad esempio alle aziende autonome, è il fatto che la concessione della potestà pubblica viene attribuita in nome proprio all'ente che ne diviene il soggetto e non un semplice concessionario. Si tratta di un criterio, come si può vedere estremamente ristretto e che porta Ferrara ad una serie di esclusioni significative. Non sono Enti pubblici, ad esempio, le istituzioni di beneficenza ed altre istituzioni di assistenza mentre nelle persone pubbliche viene fatta rientrare la Banca d'Italia in ragione di alcuni suoi limitati poteri imperativi. Per tutta una serie di enti dai caratteri al confine tra pubblico e privato la categoria di riferimento è quella di persone private di utilità pubblica che rivela una sostanziale incomprensione dei nuovi fenomeni.

Diversa sia nelle premesse che nelle conseguenze la costruzione dei sostenitori della teoria del fine, dello scopo pubblico quale criterio identificativo. Nel commentario al *Diritto delle Pandette* di Windscheid di Paolo Fadda ed Emilio Bensa troviamo delineata questa posizione. Sulla base dell'analisi della legislazione positiva, Fadda e Bensa possono infatti affermare: «le parole istituzione pubblica valgono a significare un'entità civile o politica, reale o distinta, creata o riconosciuta per fini di ordine e d'interesse pubblico». E subito dopo come «per la legge nostra il criterio distintivo per tal sorta di istituzioni è lo scopo. Ove questo abbia carattere generale, sociale, pubblico, pubblica è l'istituzione»[22]. Inserito all'interno di una concezione dello Stato come 'organismo' e riferita non solo alle associazioni o corporazioni pubbliche ma alle istituzioni pubbliche[23], questo criterio si dimostra molto più duttile del precedente. Esso consente infatti l'attribuzione del carattere pubblico anche a soggetti operanti direttamente sul piano economico: l'unica discriminante è che «nell'ente pubblico il lucro è mezzo a scopi di interesse generale» mentre nelle società commercia-

[22] C. FADDA-P.E. BENSA, *Sulle persone giuridiche*, in *Note* a B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, I, Torino 1902, p. 793.

[23] *Ibidem.*

li lo scopo è «il lucro per il lucro»[24]. L'ente pubblico potrà cioè «fare atti di commercio ma non potrà mai essere commerciante». Le conseguenze sono immediate: tra gli enti pubblici rientrano le istituzioni pubbliche di beneficenza, gli enti assistenziali e tutta una serie di istituzioni economiche mentre, a seguito della sottoposizione alle leggi commerciali, viene esclusa la Banca d'Italia.

Questi due criteri rimandano ad una diversa concezione dello Stato e richiamano in maniera diretta le elaborazioni della dottrina tedesca. Il primo criterio rinvia infatti direttamente alla elaborazione, entro l'ambito del metodo giuridico, di G. Jellinek. A partire dal presupposto fondamentale della personalità giuridica dello Stato e dalla visione di questo come unità superiore[25], deriva il criterio individuativo di Jellinek posto nell'appartenenza delle *öffentlich-rechtliche Verbände* alla *Herrschaftssphäre des Staates*[26]. L'individuazione nello Stato della fonte del diritto e dell'unico soggetto dell'ambito pubblico, pone il problema della personalità pubblica nel rapporto diretto con lo Stato da cui queste derivano *bestimmte Privilegien*[27]. La rinuncia ad un criterio più definito e classificatorio delle *Körperschaften des öffentlichen Rechts* si riassume nella individuazione del loro carattere in uno *status* particolare che deriva da una stretta relazione con lo Stato. Nonostante Jellinek costruisca, a partire dalla dottrina della autolimitazione dello Stato, una serie di situazioni soggettive per le persone pubbliche resta fissa la loro considerazione come dotate di potestà di imperio in nome dello Stato e da quest'ultimo concessa.

Il secondo criterio di distinzione legato alla teoria del fine viene invece sviluppato nell'opera di Rosin. A partire da una impostazione legata alla teoria gierkiana, Rosin propone una

[24] *Ibidem*, p. 797.

[25] Sugli aspetti generali dell'opera di Jellinek, M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano 1980, pp. 391 ss.

[26] G. JELLINEK, *System der subjektiven*, cit., p. 266.

[27] *Ibidem*, p. 267. Si veda su questi problemi, K.J. BIEBACK, *Die öffentliche Körperschaft*, cit., pp. 379-88.

nuova classificazione degli enti pubblici, secondo una definizione poi divenuta classica: «öffentliche Genossenschaft ist diejenige Genossenschaft, welche kraft öffentlichen Rechts dem Staate zur Erfüllung ihres Zwecks verpflichtet ist»[28]. Il criterio del fine viene cioè integrato attraverso una specifica relazione giuridica con lo Stato: l'obbligo cioè verso lo Stato di perseguire il proprio fine. Il dato significativo di questa costruzione diviene il fatto che il legame finalistico con lo Stato si realizza non più attraverso il perseguimento di un fine statale ma di un fine proprio dell'ente[29]. In questo senso lo Stato realizza la soddisfazione di un interesse attraverso i compiti delle associazioni: questo interesse diviene, per Rosin, rilevante dal punto di vista giuridico quando viene a stabilirsi una relazione per cui spettano allo Stato determinati diritti verso l'associazione cui corrispondono determinati doveri della stessa verso lo Stato. È nel dovere della associazione verso lo Stato e non nei suoi diritti e privilegi che si colloca il criterio per la definizione del carattere pubblico. La compresenza dei due interessi diviene il punto di individuazione della natura pubblica degli enti che comporta un rapporto di doverosità verso lo Stato attraverso il quale, però, l'ente realizza un proprio interesse.

Va segnalato come, aldilà della diversa estensione e capacità di espansione dei due criteri e che è sicuramente maggiore nel secondo caso, i punti di contatto e le sovrapposizioni siano notevoli. Non solo il criterio del fine si trova negli amministrativisti del metodo giuridico ma anche Rosin e Fadda e Bensa ricorrono, per delineare gli aspetti del rapporto di doverosità, al criterio dell'*imperium*[30]. I diversi criteri individuativi si sovrappongono e un definitivo approccio dogmatico, di fronte alla rapidità delle trasformazioni, non è ancora definitivamente raggiunto.

Questo compito e l'elaborazione di una soluzione che in-

[28] H. ROSIN, *Das Recht der öffentlichen Genossenschaft*, cit., p. 18.

[29] G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, cit., p. 79.

[30] H. ROSIN, *Das Recht der öffentlichen Genossenschaft*, cit., p. 19; C. FADDA-P.E. BENSA, *Sulle persone giuridiche*, cit., p. 797.

fluenzerà progressivamente la giurisprudenza è svolto, in Italia, da O. Ranelletti. Il punto di partenza è una ricognizione più generale sul rapporto pubblico/privato. In quest'ambito Ranelletti parte dalla messa in discussione della identificazione tra interesse collettivo e dimensione pubblica. Questa richiede una specificazione ulteriore, sono pubblici solo gli interessi «che sian posti dallo Stato tra i propri fini»[31]. Il dato di riflessione è direttamente il rapporto con lo Stato: è pubblico l'interesse collettivo che rientra nei fini dello Stato. Il criterio decisivo diventa l'identità tra pubblico e statuale:

> «tutto il concetto di pubblico... si appunta e concentra nello Stato; è pubblico tutto ciò che direttamente o indirettamente è di Stato. Lo Stato è la sintesi della cosa pubblica; non vi è cosa pubblica se lo Stato non la consideri tale»[32].

A partire da questa premessa e dalla maggiore apertura del concetto di pubblico rispetto alla sola dimensione autoritativa che l'assunzione del criterio dell'interesse rende possibile, Ranelletti fissa la definizione delle persone giuridiche pubbliche. Utilizzando cioè i due criteri presenti nel dibattito precedente e coevo, Ranelletti riesce a fissare alcuni punti che resteranno fermi per la dogmatica successiva. Il punto di partenza è il riconoscimento, sulla scorta delle tesi rosiniane, della presenza di un duplice scopo: lo scopo proprio dell'ente visto come soddisfazione di bisogni collettivi che viene riconosciuto come proprio anche dallo Stato, nel senso di riconoscerlo per se stesso, cioè anche nel proprio interesse. Se si realizza questa premessa «queste unità vengono

[31] O. Ranelletti, *Rapporti giuridici privati e pubblici e interessi individuali e collettivi*, in *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda pel XXV anno del suo insegnamento*, II, Napoli 1906, p. 251. Su questi aspetti si vedano, B. Sordi, *Origine e itinerari*, cit., pp. 326-327; G. Cianferotti, *Stato di diritto, formalismo e pandettistica. Ranelletti e la costruzione dell'atto amministrativo*, in R. Gherardi-G. Gozzi (edd), *I concetti fondamentali delle scienze sociali e dello Stato in Italia e in Germania tra Otto e Novecento*, Bologna 1992, pp. 75-84.

[32] O. Ranelletti, *Il concetto di 'pubblico' nel diritto*, in «Rivista italiana per le scienze giuridiche», XXXIX, 1905, p. 351 (15).

riconosciute come persone giuridiche, con fini e volontà proprie» che

> «pur rimanendo esse fuori della sua organizzazione... vengono a quella collegate in maniera da stabilire tra esse e lo Stato... un rapporto che rende possibile a questo di collegare tutti quei centri vitali in un'unica tendenza, di armonizzare tutte le loro energie e indirizzarle verso la meta comune»[33].

In questo senso, per Ranelletti, «tutte le persone giuridiche pubbliche sono in un collegamento organico con lo Stato, sono parti o membri del suo organismo amministrativo»[34].

Nel saggio dedicato al *Concetto delle persone giuridiche pubbliche amministrative*, Ranelletti torna su questi punti e fissa definitivamente queste categorie. Le persone giuridiche pubbliche sono quelle «destinate a soddisfare interessi pubblici e che lo Stato considera attive anche nel proprio interesse, in quanto per mezzo di esse mira a raggiungere scopi che sono anche suoi»[35]. Su questa base si sviluppa un rapporto che

> «unisce le persone giuridiche pubbliche allo Stato, possiamo dire in un rapporto organico, poiché il fine di quelle persone è tra i fini dello Stato; agendo per esso, quelle persone agiscono anche per lo Stato; e a questo, per tale finalità, esse si coordinano e si subordinano nella loro esistenza e attività»[36].

Con questa elaborazione, Ranelletti raggiunge un duplice scopo: da un lato rende possibile l'inclusione nella sfera pubblica delle nuove forme di intervento amministrativo e parallelamente, dall'altro, il pubblico resta un concetto che, tramite la sottolineatura del rapporto organico e l'utilizzazione, come vedremo, dei concetti di autarchia e di organo

[33] *Ibidem*, p. 350 (14).

[34] *Ibidem*.

[35] O. RANELLETTI, *Concetto delle persone giuridiche pubbliche amministrative*, in «Rivista di diritto pubblico», VIII, 1916, pp. 341-342.

[36] *Ibidem*, p. 343.

indiretto, resta unitario. Una unità pubblica e amministrativa non più legata agli statuti di attività ma alla organizzazione, una organizzazione fondata su un determinato rapporto con lo Stato.

3. *Il problema dell'unità dello Stato e le nuove figure soggettive*

Se si analizzano a fondo le definizioni prima descritte e i criteri individuativi delle persone giuridiche pubbliche, si può vedere come, in linea generale, si tratti di analisi «per relationem»[37], per le quali il punto di riferimento è sempre il ruolo dello Stato. Basta a questo proposito prendere in considerazione altra letteratura coeva e un autore come F. Cammeo per averne una prova ulteriore. Analizzando nel «Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa» il problema della persona giuridica pubblica la definisce come «quella che ha per scopo l'esecuzione di una pubblica funzione»[38]. L'identificazione delle funzioni pubbliche non è però, per Cammeo, definibile a priori ma va dedotta da qualche dato estrinseco. Anche se, rosinianamente, questo dato «è l'obbligo della persona giuridica verso lo Stato o altra persona giuridica di adempiere il proprio scopo»[39], questa relazione viene concepita in termini tradizionali come relazione organica: il fatto di esercitare una funzione pubblica conduce, da un lato, a considerarle come «organi dello Stato» e, dall'altro, a porre quest'ultimo in condizione di supremazia rispetto ai soggetti obbligati, cioè alle persone giuridiche pubbliche[40]. Anche Cammeo perpetua, dunque, l'immagine della supremazia e della priorità del potere unitario dello Stato.

[37] A. De Nitto, *Dottrina e realtà*, cit., p. 660.

[38] F. Cammeo, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano s.d., p. 651.

[39] *Ibidem*, p. 652.

[40] A. De Nitto, *Dottrina e realtà*, cit., p. 660.

Il problema di fondo delle analisi delle nuove figure soggettive e i diversi criteri di distinzione proposti appare essere soprattutto quello della determinazione della posizione degli enti nei confronti dello Stato[41]. Di fronte alla crescente molteplicità delle figure organizzative, al complicarsi degli statuti di azione amministrativi e allo stesso utilizzo della figura dogmatica della personalità giuridica nell'ambito pubblico che potenzialmente minava l'idea dell'unità della personalità dello Stato ammettendo al suo interno molti altri soggetti, il problema principale diviene il modo di ricollegarle, teoricamente e praticamente, allo Stato. Quello cioè della individuazione di

«un principio che riconoscesse la compatibilità teorica tra il loro essere persone giuridiche, vale a dire autonomi soggetti, ed il loro essere pubbliche, vale a dire elementi dell'organizzazione pubblica amministrativa»[42].

Il passaggio del secolo, come abbiamo cercato di mostrare, segna da questo punto di vista un cambiamento di prospettiva. Rispetto agli equilibri dogmatici di pochi anni prima basati sulla rigida identificazione tra pubblico e autoritativo e su una unità della amministrazione basata sugli statuti di azione e la diseguaglianza giuridica dei soggetti che ritroviamo ancora agli inizi del '900, l'accento viene posto progressivamente sulla esistenza di un rapporto organico tra lo Stato e i nuovi enti. In questo contesto, nella dimensione organizzativa cioè, acquisiscono progressiva rilevanza e centralità alcuni strumenti giuridici volti al ricongiungimento dell'azione degli enti pubblici con lo Stato: ci riferiamo al concetto di autarchia e di organo indiretto dello Stato. Questi termini richiederebbo da soli una ricostruzione dogmatica, ci limitiamo a pochi tratti rilevanti nella nostra prospettiva. La teoria dell'ente pubblico come ente autarchico è, come noto, proposta, sulla scorta delle elaborazioni della dottrina tedesca[43], da Santi Romano in relazione al decentramento amministra-

[41] *Ibidem*, p. 645.

[42] *Ibidem*, p. 646.

[43] In particolare di P. Laband. Si vedano S. CASSESE, *Autarchia*, in *Enci-*

tivo. Secondo la sua definizione, autarchia significa «amministrazione indiretta dello Stato compiuta da una persona giuridica per diritto subiettivo e nell'interesse, oltre che dello Stato, anche proprio»[44]. Tale concetto viene individuato allo scopo di definire i rapporti fra lo Stato e le persone di diritto pubblico, fornendone la caratterizzazione. Il fatto che una serie di funzioni e attività venga affidata ad enti esterni allo Stato, non si traduce in un distacco dallo Stato e nella sua disarticolazione, ma solo nella determinazione di un rapporto specifico. L'amministrazione autarchica resta, attraverso la coincidenza degli interessi degli enti e dello Stato[45], seppure distinta, pienamente statuale[46]. Il concetto di autarchia è lo strumento attraverso il quale si esprime il rapporto tra Stato e persona giuridica pubblica distinguendola da quella privata, in relazione alla sua posizione nei confronti dello Stato a cui è, in ogni caso, garantita la supremazia. L'ente autarchico è così «organo di amministrazione indiretta dello Stato»[47] che esprime la stessa supremazia dello Stato e la sua sostanziale unità. Persona pubblica e autarchica si identificano e l'autarchia diviene il cardine di uno specifico rapporto con lo Stato. In Ranelletti, come abbiamo indicato, l'individuazione dei criteri di distinzione si pone in termini analoghi: la ricomprensione degli interessi dei diversi soggetti tra gli scopi dello Stato, porta a considerarli come amministrazione indiretta e a ricondurli tutti nell'ambito unitario della persona statale. Il pubblico si conserva così un concetto unitario, in cui la personalità dello Stato non viene messa in discussione e l'unità amministrativa resta un principio centrale. Attraverso questa costruzione dogmatica viene così garantita l'unità ammi-

clopedia del diritto, IV, Milano 1959, p. 326; P.A. CAPOTOSTI, *Autarchia*, in *Digesto, Discipline pubblicistiche*, II, Torino 1987[4], p. 2.

[44] S. ROMANO, *Decentramento amministrativo* (1897), in *Scritti minori*, II, Milano 1990, p. 57.

[45] S. ROMANO, *Principii di diritto amministrativo italiano*, Milano 1902, p. 78; cfr. P.A. CAPOTOSTI, *Autarchia*, cit.

[46] Sul ruolo di questo concetto nella teoria romaniana, A. DE NITTO, *Dottrina e realtà*, cit., pp. 654-658.

[47] S. ROMANO, *Principii di diritto amministrativo italiano*, cit., p. 63.

nistrativa dello Stato: il dato di fondo è l'assimilazione dei diversi enti pubblici allo Stato[48].

La progressiva dissoluzione di una immagine unitaria dell'amministrazione legata ai diversi statuti di azione viene risolta attraverso l'ampliamento del concetto di pubblico e la conferma, attraverso il rapporto organico e le nozioni di autarchia e di organo indiretto, della personalità giuridica dello Stato. La prospettiva pubblicistica e amministratitivistica resta fermamente legata ad una immagine unitaria della amministrazione cementata intorno al rapporto soggettivistico con la personalità giuridica statuale. E proprio in questa direzione, nella individuazione cioè della amministrazione come centro unitario dello Stato, da sottrarre costituzionalmente alle influenze della politica[49] e, per questo, dotata di una serie di privilegi, che la dottrina giuridica dello Stato amministrativo troverà, in collegamento con il passato, il proprio approdo teorico. La vicenda della personalità giuridica pubblica ne è, come ho cercato di mostrare, una parte significativa.

Va fatta, per concludere, un'ultima osservazione. È stato notato come nel tentativo di razionalizzare il fenomeno della pluralità dei titolari di pubblici poteri i giuristi rimasero generalmente «più indietro dei fatti»[50]. In effetti negli anni successivi, nonostante la crescente influenza delle tesi ranellettiane sulla impostazione della giurisprudenza, l'evoluzione dottrinaria e normativa mette sempre più in discussione l'immagine della unità dell'amministrazione. Va notato però come, perlomeno fino alla fine degli anni '30, l'impostazione dogmatica resta basata sulle dottrine di inizio secolo e come, anche nel secondo dopoguerra, questa centralità dello Stato persona rimanga una eredità, soprattutto a livello amministrativo, scomoda e ancora ingombrante.

[48] B. SORDI, *Origine e itinerari*, cit., p. 328.

[49] M. FIORAVANTI, *Costituzione, amministrazione e trasformazioni dello Stato*, in A. SCHIAVONE (ed), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'unità alla repubblica*, Bari 1990, pp. 21-39.

[50] A. DE NITTO, *Dottrina e realtà*, cit., p. 662.

Sezione seconda

Individuale/collettivo

Libertà, proprietà, cittadinanza
Individuo, famiglia, borghesia
Democrazia, diritti

La libertà tra politica e polizia: dai limiti del potere ai limiti della libertà nell'Italia liberale

di *Raffaella Gherardi*

1. Che la lotta per i concetti costituisca una tappa fondamentale della battaglia politica e sia anzi un'imprescindibile arma di quest'ultima può costituire a volte una sorta di consapevolezza diffusa che, soprattutto in momenti di profonda trasformazione politico-costituzionale, viene riaffermata soprattutto dai più attenti artefici e osservatori di questi ultimi. Così anche a proposito dell'Italia liberale è possibile individuare negli ultimi decenni dell'Ottocento una sorta di *Sattelzeit* che porta da una parte a una rivisitazione dei concetti di battaglia che erano serviti negli anni precedenti e immediatamente successivi all'unificazione nazionale e dall'altra all'individuazione di nuovi concetti, capaci di servire da bandiera alla nuova fase politica apertasi a partire dagli anni Settanta. Il compimento dell'unità, una volta raggiunto l'obiettivo di Roma capitale (1870) sul piano interno, così come, sul piano internazionale, l'Europa del dopo Sédan, insieme con lo spettro della Comune di Parigi, vengono reiteratamente chiamati in causa dall'intellighenzia liberale come i sintomi più evidenti di una trasformazione politico-costituzionale in senso lato che necessita, oltre che di una politica nuova, attentamente commisurata alle odierne condizioni di fatto, anche di nuovi concetti, riassuntivi della stessa. È così che tra gli intellettuali e uomini politici liberali italiani di maggior prestigio si accende una sorta di gara ad affermare con forza che la politica, al pari di tutte le altre scienze, cambia di contenuto «secondo i tempi e il progresso». Altra era infatti la politica del secolo XVIII e di parte del XIX rispetto a quella degli ultimi decenni dell'Ottocento: allora si trattava infatti di lottare per ottenere la costituzione, cioè un «sistema di garanzie» della libertà, volte so-

prattutto a combattere l'assolutismo e le sue componenti costitutive. Ora siamo invece in un'età diversa, un'età in cui, essendo lo statuto un dato di fatto (anche se si tratta dello Statuto albertino, cioè di una costituzione ottriata da parte del Sovrano piemontese nel 1848, estesa poi all'Italia unita), i compiti primari del politico si focalizzano intorno a un altro polo: quello dell'amministrazione che, puntigliosamente piegata, su terreno italiano, alla concretezza dei problemi del presente, finisce per riorientare a sé l'intera problematica-principe del liberalismo: la libertà. Così se la lotta per l'unificazione nazionale e contro i regimi assolutistici preunitari poteva trovare un'espressione sintetica proprio nel nome della costituzione e quest'ultima si profilava quale sinonimo di libertà, ben diverso significato assume il binomio costituzione-libertà agli occhi dei liberali italiani degli ultimi decenni dell'Ottocento. Più volte dichiarato saturo di un dottrinarismo di marca strettamente francese, il binomio suddetto viene infatti posto in discussione sulla base dell'esperienza della più recente storia europea. La stessa storia della Francia postrivoluzionaria, improntata all'incessante passaggio da una costituzione all'altra, e destinata a subire lo scacco di Sédan, rappresenterà una sorta di monito per il moderatismo italiano, nella sua costante ansia di fare quadrato intorno al centro degli schieramenti parlamentari, nel nome di una stabilità politica che appare garantita solo dalla creazione di un solido apparato amministrativo e finanziario. Sarà un grande intellettuale e uomo politico, Silvio Spaventa (ma più o meno illustri esponenti della politica attiva o della 'teoria' politica sono ugualmente concordi nel celebrare l'astro dell'amministrazione a fondamento della politica) che, all'inizio degli anni Ottanta, dichiarerà:

«La libertà oggi deve cercarsi non tanto nella costituzione e nelle leggi politiche, quanto nell'amministrazione e nelle leggi amministrative»[1].

[1] Questa affermazione, fatta da Silvio Spaventa nel suo celebre discorso di Bergamo sulla giustizia nell'amministrazione, godrà di molta fortuna nel dibattito italiano di fine secolo. Sulle trasformazioni dello Stato di diritto, cfr. ancora, nel terzo decennio del Novecento, S. ROMANO-V.

Partiti e schieramenti politici, così come i più alti esponenti del pensiero politico liberale non si stancheranno di evidenziare d'ora in poi il profondo mutamento che segna il passaggio a un'età nella quale gradualmente e incessantemente più che sul concetto di libertà, visto in connessione con il problema dei limiti del potere da porre a livello di costituzione formale, si preferisce porre l'accento sul problema dei limiti della libertà. Francesco De Sanctis, in un articolo dal significativo titolo de *Il limite* (pubblicato da «Il Diritto» del 10 gennaio 1878) sa riassumere con perfetta cognizione di causa la trasformazione dei concetti-guida della battaglia politica liberale di fine secolo laddove scrive:

«Il motto del secolo scorso era la libertà, e questo, più o meno, è un punto acquisito e oltrepassato. Il motto del nostro secolo è il limite. Ormai non basta più dirsi liberale. La libertà è un istrumento, non è un fine, è una forma vuota, se noi non ci mettiamo dentro un contenuto, che è la nostra vita nazionale e i nostri ideali. E questo contenuto è il limite nella libertà, ciò che la rende non una idea astratta, ma cosa viva. L'entusiasmo non basta più. Ci vuole la scienza, una educazione politica, che presso noi è ancora un desiderio»[2].

Scienza, educazione politica sono dunque chiamate a definire quei limiti della libertà che soli possono servire a tracciare la via lungo la quale, secondo le intenzioni della classe politica moderata al potere, deve incamminarsi l'Italia della cosiddetta 'età della prosa', dato che è ormai finito il tempo della 'età della poesia' e cioè del grande afflato dell'unificazione nazionale, età, quest'ultima, che aveva potuto effettivamente trovare un punto di coagulo intorno all'entusiasmo per gli ideali del costituzionalismo liberale. L'Italia della prosa è chiamata a risolvere una serie di urgenti 'questioni'

FEROCI, *Diritto amministrativo*, Milano 1928, p. 284. Per un'analisi del liberalismo italiano nel passaggio dall'«età della costituzione» all'«età dell'amministrazione» mi sia consentito rinviare a R. GHERARDI, *L'arte del compromesso. La politica della mediazione nell'Italia liberale*, Bologna 1993.

[2] Cfr. F. DE SANCTIS, *Il limite*, in «Il Diritto», 10 gennaio 1878, pp. 164-165.

interne, dalla questione economica a quella amministrativa, dalla questione finanziaria a quella sociale, questioni tutte che i moderati intenderanno affrontare attraverso una politica che, escludendo prioritariamente tutte le 'estreme', punti caso per caso a risolvere i singoli problemi sul tappeto, facendo perno su alleanze parlamentari contingenti, di volta in volta sostenute dal saldo perno del centro. La complessa trama delle 'questioni' suddette, insieme con la prospettiva specifica propria del moderatismo italiano, rappresenta dunque il referente concreto di larga parte delle discussioni che il liberalismo italiano di fine secolo condurrà a proposito del significato odierno del concetto di libertà. Misurarsi con quest'ultimo significherà, in effetti, innanzitutto, far emergere le specifiche coordinate politico-costituzionali all'interno delle quali esso si inscrive oggi, sia a livello del processo generale della 'civiltà' occidentale, sia per quanto concerne i compiti prioritari che spettano ora alla politica, soprattutto sulla scena nostrana.

2. «La lingua umana non ha parola che sia più variamente intesa, che abbia più volte modificato il proprio senso per vicende de' tempi e fra le varie genti umane»: con queste parole Attilio Brunialti apre il suo scritto su *La libertà nello Stato moderno*, premesso al quinto volume della *Biblioteca di Scienze Politiche* (1890), dedicato appunto al tema della libertà[3]. Egli specifica inoltre:

> «Si potrebbe quasi affermare che ciascun popolo, ciascuna età, ciascun individuo, per rozzo che sia, si fa un'idea propria della libertà, sebbene tutte queste idee abbiano un fondo comune»[4].

[3] In questo volume compaiono, oltre allo scritto dello stesso Brunialti, J. STUART MILL, *La libertà*; F. LIEBER, *La libertà civile e l'autogoverno*; F.C. MONTAGUE, *I limiti della libertà individuale*; C. MONTALCINI, *L'istituzione regia e la responsabilità ministeriale*; V.E. ORLANDO, *Teoria giuridica delle guarentigie della libertà*. In appendice all'opera di Lieber vengono inoltre pubblicate le opere di B. CONSTANT, *Della libertà degli antichi paragonata a quella dei moderni* e di E. LABOULAYE, *La libertà antica e la libertà moderna*.

[4] A. BRUNIALTI, *La libertà nello Stato moderno*, in *Biblioteca di Scienze politiche*, Torino 1890, V, p. VII.

Studiare «dall'imo» il concetto di libertà, e cioè «nella sua forma primitiva» vorrà dire vederlo espresso fondamentalmente nel desiderio nutrito da parte di ciascun individuo di «sbizzarrire ogni suo talento, senza freno e vincolo alcuno». Ben diverso è invece il concetto di libertà così come si conviene ad una civiltà progredita, laddove esso appare inscindibilmente connesso con il concetto di limite:

«Col progresso sociale, aumentò e si diffuse il concetto degli svariati limiti della libertà, imposti gli uni dalla natura stessa e dall'istinto, gli altri dalle necessità della convivenza sociale, le quali aumentano col progredire di questa. Così dalla libertà del selvaggio errante nelle foreste africane o dell'aborigeno randagio dei deserti d'Australia, libertà di belve, non di uomini, si viene sino alla libertà operosa, cosciente, feconda del cittadino anglo-sassone».

Nella prospettiva appena delineata è logico che Brunialti provi assai scarsa simpatia per tutti coloro (siano essi letterati, storici, filosofi o estensori delle stesse costituzioni) che hanno tentato di definire una volta per tutte il significato di 'libertà'[5] e che egli preferisca invece tenere presente il modello inglese, nel quale i contenuti concreti prevalgono sulle formule. Egli chiuderà la breve disamina dei diversi «tentativi co' quali in ogni tempo e in ogni paese si è cercato di dare un'idea della libertà», citando le «belle parole adoperate dal Palma», nel suo *Diritto costituzionale*, parole che gli sembrano esprimere un'«idea di libertà» che ricorre oggi «alla mente di molti»:

«La libertà è il grande impulso dei popoli odierni... è la religione dei tempi nostri e della civiltà... Potrebbe assomigliarsi a un grande

[5] A proposito delle costituzioni politiche Brunialti scrive: «Sentiamo ora alcune definizioni date nelle Costituzioni politiche; poche tentarono la prova e ci vennero di Francia, che Lord Russell non crede neppure meritevoli di ricordo». E ancora: «Poi le definizioni cessarono anche nelle costituzioni francesi; sarebbe strano che il codice civile od il contratto di matrimonio dovessero dare una definizione dell'amore». Cfr. A. BRUNIALTI, *La libertà*, cit., pp. XIII, XIV. A proposito dei popoli anglosassoni egli afferma invece: «I popoli anglo sassoni non si diedero però mai troppa pena per definire la libertà: preferiscono descriverne il contenuto» (p. XII).

fiume, ricco di acque benefiche, destinato a infertilire le terre in mezzo alle quali scorre maestoso. Ma perché ciò avvenga, bisogna che ci sia tutto un sistema di argini, di canali e di chiuse per fronteggiare le piene, diffondere la vita ed impedire gli straripamenti. Tutto ciò è e deve essere l'opera della legge, che coordina le varie libertà, il governo di sé medesimi, degli individui e delle minori associazioni, col rispetto dovuto ai diritti altrui ed alla libertà della società in generale»[6].

Più volte riaffermando con forza il principio secondo il quale «legge e libertà sono i due perni dello Stato moderno», Brunialti sottolineerà di voler includere nel quinto volume della sua *Biblioteca di Scienze Politiche* proprio le opere a suo avviso «più acconcie a porgere al lettore l'idea della libertà moderna, delle sue esigenze, delle sue forme, della sua genesi»; in effetti, pur nelle diverse problematiche e nei differenti orientamenti metodologici, gli autori di questo quinto volume, da Stuart Mill a Lieber, da Constant a Laboulaye, da Montague a Orlando e Montalcini, dimostreranno di seguire nei fatti in larga misura lo schema appena evidenziato da Brunialti: ripercorrere brevemente il cammino della libertà occidentale, nelle sue diverse fasi storiche, al fine di mettere bene a fuoco le caratteristiche principali della libertà moderna nelle sue connessioni essenziali con lo Stato moderno da una parte e con la legge dall'altra. Se Constant e Laboulaye vengono unanimemente riconosciuti come maestri per aver puntato l'attenzione quale elemento fondamentale e irrrinunciabile della libertà dei moderni sulla differenza esistente tra libertà civile e libertà politica, questi stessi autori, insieme con gli altri sopra ricordati e con lo stesso Brunialti terranno fermo all'aspra polemica contro ogni forma di «sovranità alla greca» o all'«antica»[7], ereditata dalla Rivoluzione francese e dal suo capofila, Robespierre, «fanatico allievo di Rousseau». È così che Brunialti, come del resto gli autori che egli chiama a raccolta in

[6] *Ibidem*, p. XVII. Per la citazione seguente cfr. p. XXV.

[7] Cfr. E. LABOULAYE, *La libertà antica e la libertà moderna*, in *Biblioteca di Scienze Politiche*, V, cit., pp. 482, 483. Formule analoghe si ritrovano nella maggior parte degli scritti compresi in questo volume.

questo volume della sua *Biblioteca*, dedicato alla libertà, preferirà parlare di libertà al plurale più che di libertà al singolare («Tutte le libertà sono connesse, perché, sotto vario nome, sono tutte espressioni della nostra attività», sottolinea Laboulaye); l'orrore per l'astrattezza di ogni sistema, sia esso quello dell'utopia o dell'ideologia viene fatto risuonare da Brunialti anche a proposito della tematica della libertà. D'altra parte vale forse la pena riprendere per l'ennesima volta le parole con le quali Laboulaye, uno degli autori più cari al liberalismo italiano di fine secolo, conclude il suo scritto su *La libertà antica e la libertà moderna*:

«Quando si è giovani, piacciono i sistemi come piacciono la simmetria e l'unità; seduce l'idea di fare la felicità dei popoli con un colpo di verga magica, ed è questo il sogno di molti. La vita dei popoli, come quella dell'uomo, è il regno della diversità; la sola libertà può bastare a cotesti bisogni multipli e varii, che nascono e si succedono ad ogni ora. La follia non giace nel comprendere nell'amore la libertà; la follia è di credere in sterili forme, in una impotente e mortale uniformità»[8].

Lo schema generale seguìto nello scritto brunialtiano può dunque essere assunto a indice emblematico cui terranno fede e la maggior parte degli scritti raccolti dallo stesso Brunialti sulla libertà e dalla pubblicistica italiana di fine secolo che si occupa di tale tematica: dall'introduzione dedicata a «definizione, letteratura, progressi della libertà» si passa infatti nell'ordine alla trattazione de «la libertà tra le genti primitive» (capitolo primo), de «la libertà nel Medio Evo e sino al secolo XVII» (capitolo secondo), dell'«origine e sviluppo della libertà moderna» (capitolo terzo), de «la dottrina della libertà» (capitolo quarto), fino a sfociare ne «la libertà nello Stato moderno» (capitolo quinto), libertà, quest'ultima che si trasforma immediatamente nelle «varie libertà» (così come si premurano di rilevare i titoli dei singoli paragrafi di questo quinto capitolo)[9]. La libertà, o meglio

[8] E. LABOULAYE, *La libertà antica e la libertà moderna*, in *Biblioteca di Scienze Politiche*, V, cit., p. 486. Per la citazione precedente cfr. p. 485.

[9] I titoli dei paragrafi di questo quinto capitolo (paragrafi che sono

le libertà, che si stagliano all'orizzonte nell'Italia di fine secolo fanno perno, insomma, sul canovaccio generale che, ancora una volta, Brunialti delinea fin dall'inizio di quel centrale terzo capitolo che riassume tutta l'eredità del liberalismo italiano, nella sua ansia di prendere le distanze dal costituzionalismo di marca franco-rivoluzionaria e di procedere attraverso l'attento metro della storia anche sul terreno della libertà:

«Nel parlare della libertà moderna io non intendo di riferire il mio ragionamento a quella che fu solennemente dichiarata in alcune costituzioni, sconfessando o rinnegando ogni rapporto col passato. A torto sempre, ma specialmente in materia di istituzioni politiche, si adoperano l'ascia e il martello contro tutti i grandi addentellati del tempo...».

E ancora:

«Noi non vogliamo somigliare allo schiavo e credere le libertà moderne il portato di una notte d'estate – come sarebbe quella del 4 agosto 1789 –; le sappiamo figliuole del tempo, e da questa nostra convinzione togliamo gli auspici; perché la mitologia è bugiarda ed il tempo non sempre distrugge, sovente rispetta l'opera sua. Proclamare la libertà di quanti uomini sono al mondo e costringerli a riconoscerla colle armi può essere grande e gloriosa impresa; ma assai più durevole è la libertà conquistata in secoli di lotte, che ciascun cittadino è in grado di comprendere e di apprezzare, che si svolge nella sua vita quotidiana, sa evitare gli eccessi appunto per la coscienza del valore suo, ed è affermata timidamente, con parole modeste, o persino sottintesa, ma trova efficace garanzia in tutto l'ordinamento politico, nelle leggi e nei costumi, nella responsabilità del governo e nella virtù dei cittadini»[10].

compresi dal numero 45 al numero 57) sono i seguenti: 45. Delle varie libertà. 46. Le libertà politiche. Indipendenza. 47. Le libertà politiche. Governo libero. 48. Le libertà politiche. Autonomie locali. 49. La libertà individuale. 50. La libertà civile. 51. Le libertà economiche. 52. Libertà di pensiero, del linguaggio, della stampa. 53. Libertà di culto e di coscienza. 54. Libertà d'insegnamento. 55. Libertà di petizione, di riunione, d'associazione. 56. La libertà d'associazione. 57. Le guarentigie della libertà. Conclusione.

[10] A. BRUNIALTI, *La libertà* cit., pp. LXXIV-LXXV.

A proposito de «la libertà moderna nel secolo XIX», paragrafo conclusivo di questo terzo capitolo, Brunialti porterà così ancora una volta alla ribalta una delle metafore a lui più care, che già in precedenza egli ha avuto l'occasione di far risaltare fin dalle prime pagine del suo scritto e che ora gli serve invece per concludere il capitolo in oggetto; si tratta della metafora del fiume della libertà e degli argini che oggi sono destinati a regolarlo e a regolamentarlo insieme:

«Avviene nel mondo morale quello che del mondo materiale e il progresso si compie allo stesso modo: il cittadino dello Stato moderno non può andar nudo come il selvaggio, errare a suo talento, impadronirsi d'ogni cosa che susciti la sua cupidigia od ecciti i sensi; ma quale dominio non esercita sulla natura, e quali raffinati e molteplici mezzi non gli offre la civiltà per soddisfare desideri, bisogni, capricci, infinitamente più vari e raffinati. Così si potrebbe dire di ciascuna libertà moderna: il Governo rappresentativo ci porge l'unico modo di esercitare quello che pareva supremo bene della città antica; i codici sempre più perfezionati e la giustizia sempre più indipendente e autorevole ci assicurano da illegali minaccie; la stampa ha accresciuto a dismisura la nostra potenza e la nostra influenza. Meglio ancora, ripigliando il paragone già noto, l'antico fiume che correva liberamente, senza dighe e senza argini per tutto il territorio, e lo copriva d'acque, lo mutava in una vasta palude, o lo lasciava asciutto così da non calmare neppure il primo bisogno della sete, l'antico fiume è stato tutto regolato con bacini, con chiuse e dighe efficaci. Le sue acque scendono regolarmente, misuratamente in tutte le stagioni; alimentano le fontane permeando fra gli strati ghiaiosi, alimentano i canali di derivazione e i ruscelli ed i rivoletti senza numero che coprono tutto il paese. Sulle sue rive, in tutto il bacino, i popoli non potevano trovar sicuro rifugio fuor di qualche elevata sporgenza ed erano agitati o decimati da febbri violente: oggi vivono tranquilli e sicuri nelle bene irrigate campagne, dove crescono messi abbondanti, negli opifici industriali le cui ruote sono mosse dalla forza motrice dell'acqua, od attendono ai commerci cui quella corrente è veicolo facile e non dispendioso. Queste opere mirabili, che la scienza nei secoli è venuta costituendo sono le leggi, e dentro le loro dighe, fra i loro argini, corre feconda, rigeneratrice, perenne l'acqua della libertà».

All'interno del binomio legge-libertà entrambi i termini sono costretti a scendere sul piano della storia, rinunciando ad ogni apriorismo in nome di quei «limiti» che soli si ergono a

garanzia di una produttiva concretezza. Brunialti continua infatti a svolgere il paragone che gli è caro come segue:

«Come l'idraulica ha norme generali, ma ciascun fiume esige speciali avvedimenti, e stolto od insensato sarebbe chi volesse regolare il Po allo stesso modo della Senna, il Gange come il Tamigi, l'Hoangho allo stesso modo del Danubio, il Nilo o il Congo come il Mississippi, alla stessa guisa ciascun popolo ha leggi diverse, più o meno severe, come le sue tradizioni, la sua educazione, i suoi bisogni comportano; ma possiamo accogliere la speranza che presso tutti la libertà avrà l'ultima parola. I fiumi che erano capricciosi, mutabili, fatali, saranno arginati e messi a profitto; quelli che corrono inutili fra argini enormi, violentati per modo che tutte le acque corrano precipiti al mare, li romperanno, e dovunque, colla maggiore diversità, la libertà potrà svolgersi dentro i limiti della legge»[11].

Il motto del 'limite', per dirla con De Sanctis, ritorna dunque costantemente in primo piano in Brunialti, così come da parte degli autori che egli vuole in questo volume della sua *Biblioteca*[12] o di tutti coloro che in Italia, tra vecchio e nuovo secolo, saranno chiamati a tentare di definire da vicino il significato odierno della parola 'libertà'.

3. Estremamente significativa, nella prospettiva appena delineata, è la voce *Libertà*[13] che, all'inizio del ventesimo secolo, Giovan Battista Ugo scrive per il *Digesto Italiano*; vale forse la pena evidenziarne la struttura di fondo, dato che essa si rivela, a mio avviso, riassuntiva delle problematiche-tipo del dibattito italiano tardo-ottocentesco in proposito, secondo quanto è stato messo in evidenza relativamente, ad esempio, all'analisi brunialtiana. L'autore specifica

[11] A. BRUNIALTI, *La libertà*, cit., pp. CV-CVI.

[12] Cfr. V.E. ORLANDO, *Teoria giuridica delle guarentigie della libertà*, in *Biblioteca di scienze politiche*, V, cit., p. 920 in cui cita l'opera di Montague, raccolta in questo stesso volume, su *I limiti della libertà individuale*.

[13] Cfr. G.B. UGO, *Libertà*, in *Il Digesto italiano*, XIV, Torino 1902-1905, pp. 804-815. Questa voce è datata «22 novembre 1903». La trattazione viene svolta in due capitoli, il primo dei quali è dedicato al 'concetto' di libertà, mentre il secondo ai 'limiti' di essa.

innanzitutto di non aver intenzione di trattare genericamente della libertà ma di voler prendere in esame esclusivamente la «libertà giuridica», cioè, come scrive Bluntschli, la «facoltà di fare la propria volontà nei limiti del diritto». Egli passa poi in rassegna i differenti contenuti impliciti nel concetto di «libertà giuridica» nelle diverse epoche storiche, dalle antiche Atene e Roma, rappresentanti un periodo in cui la libertà suddetta «si restringeva al campo della partecipazione dei pubblici affari»[14], al Medioevo in cui il cittadino gode di determinati diritti soltanto «quale membro di questa o di quella corporazione», fino ai «tempi moderni» in cui

«si fa capo all'uomo considerato come individuo, sia nei riguardi del conseguimento degli interessi suoi privati che rispetto alla partecipazione del medesimo all'andamento della pubblica cosa, e gli si riconoscono libertà e diritti tanto sotto l'uno che sotto l'altro punto di vista».

Il riconoscimento del duplice livello della libertà appena citato, e cioè della libertà civile e della libertà politica, costituisce infatti il perno del moderno concetto di libertà[15]. A determinare quest'ultimo contribuirono differenti elementi della storia occidentale, tutti a poco a poco fusi gli uni con gli altri «in mirabile armonia». Sottolinea Ugo:

«La libertà moderna è il risultato di una lunga elaborazione nei secoli: influì la tradizione greca e romana mantenuta viva dalla

[14] I cittadini ad Atene e a Roma «di fronte allo Stato ed ai pubblici poteri, non godevano di libertà né di diritti, poiché la persona del cittadino veniva assorbita da quella della città».

[15] Giovan Battista Ugo si preoccupa di elencare in dettaglio in che cosa consistano entrambe. Egli scrive infatti: «Sotto il primo abbiamo la libertà civile, che comprende il diritto di eguaglianza, la libertà di coscienza e di culto, la libertà individuale, l'inviolabilità di domicilio, il segreto della corrispondenza epistolare e telegrafica, l'inviolabilità della proprietà, la libertà del pensiero, della parola e della stampa, quella di riunione e di associazione, il diritto di petizione, la libertà di insegnamento». E ancora: «Sotto il secondo punto di vista, cioè sotto quello della partecipazione ai pubblici negozi, abbiamo la libertà politica e con essa i diritti politici, come il diritto di elettorato, quello di eleggibilità e l'altro di poter essere giurato».

coltura classica, contribuì il cristianesimo che col principio 'date a Dio quel che è di Dio e a Cesare ciò che è di Cesare', affermò i diritti della personalità umana di fronte allo Stato; influì pure l'elemento germanico col suo spirito dell'indipendenza personale e dell' individualismo, modificato e migliorato al contatto del sentimento d'amore, di carità e di fratellanza del cristianesimo».

Libertà civile e libertà politica trovarono poi la loro progressiva affermazione anche sul piano istituzionale dai liberi Comuni italiani fino al trionfo dello Stato moderno, all'interno del quale si sviluppò (e l'Inghilterra è maestra in tal senso!) «il moderno regime rappresentativo». Delle due specie di libertà, la civile e la politica, Ugo pone in primo piano la civile, in quanto «si riferisce direttamente all'io e al suo sviluppo» e permette all'uomo di manifestare interamente la sua personalità.

«La libertà politica – specifica l'autore – è un gran bene, ma di fronte a quella civile ha piuttosto ragione di mezzo e quando viene preferita può anche condurre fino al punto di annullare la libertà civile e di far dipendere l'uomo in tutto e per tutto dalla pubblica Autorità, come avveniva a Sparta».

Dovendo fare una critica alla libertà, così come essa è intesa «nei tempi moderni», Ugo insiste sul fatto che essa, nel secolo XVIII e XIX, soprattutto in Francia e in molti altri paesi europei, sia considerata «più nella forma che nella sostanza»:

«Si ebbe cura di proclamare in atti solenni le libertà fondamentali, i diritti inviolabili dei cittadini, senza darsi pensiero di rendere tali diritti reali ed effettivi, tutelati dalle varie disposizioni di legge che li concernono e protetti contro i possibili abusi del potere. Erano quindi dichiarazioni pompose e senza contenuto».

Di contro alle esagerazioni sia di coloro che concepiscono «i diritti dell'umana persona come assoluti» (l'autore esemplifica tale tendenza nella «scuola del diritto naturale» e «dei pubblicisti e dei legislatori del secolo XVIII»), sia di coloro che sostengono che il diritto è esclusiva «creazione dello Stato», Giovan Battista Ugo sottolinea reiteratamente come egli, pur prendendo le mosse dall'individuo, per quanto

concerne l'affermazione della libertà, ritenga essenziale, ai fini di ogni diritto, il riconoscimento da parte dello Stato e si sforzerà costantemente di dimostrare la perfetta conciliabilità di Stato e libertà. Tale conciliazione avverrà in nome di quel limite che egli vede come «inseparabile dal concetto stesso di libertà», limite, o limiti, così importanti da dare il titolo a tutta la seconda parte della sua trattazione[16]. Compito precipuo dello Stato è infatti quello «di stabilire i vari limiti alle libertà dei singoli e di provvedere alla naturale e legittima espansione dell'attività di ciascuno»: esso si configura dunque come «elemento indispensabile» della libertà, suo primario «coefficiente». Certo il compito di «render concreta la libertà», di saper calare quest'ultima nelle «condizioni di fatto» e nella odierna civiltà non potrà essere svolto facendo appello a meri princìpi assolutizzanti[17] e lo stesso Ugo si sforzerà di passare dettagliatamente in rassegna tutte le attuali garanzie che, a livello politico e sociale, così come a livello della costituzione formale, dovranno «determinare, per quanto più sia possibile, in modo preciso e sicuro, i diritti dei singoli». I diritti in questione dovranno essere specificamente tradotti in atto e a ciò provvederà non soltanto la costituzione ma anche l'attività concreta del Parlamento che, attraverso le leggi, applicherà le direttive costi-

[16] Cfr. la nota 13. Alcuni dei titoli di questo secondo capitolo danno la misura di come egli affronti tale problematica. Cfr. per esempio il paragrafo 18. «Il limite è inseparabile dal concetto stesso di libertà». Il paragrafo 20. «L'esistenza dello Stato trae seco nuovi limiti». Il paragrafo 21. «In qual senso lo sviluppo della civiltà aumenti i limiti». Il paragrafo 22. «Come nelle varie dichiarazioni di libertà, accanto al diritto, si affermi il limite», etc.

[17] Nel paragrafo 23 Ugo scrive: «Pertanto si comprende come cadessero in errore la scuola del diritto naturale e quelle dei pubblicisti e dei legislatori del secolo XVIII e XIX, per cui si dava alla libertà un carattere assoluto; si supponeva che gli uomini ne fossero dotati nel cosiddetto e supposto stato di natura; si dicevano perciò naturali, innate, inalienabili, e si riteneva che l'uomo ne dovesse essere fornito in qualunque tempo ed in qualunque paese, non dipendendo esse da condizioni di fatto, ma derivando ed essendo necessaria conseguenza dell'umana personalità. Quindi, come si chiamavano nella celebre dichiarazione del 1789, erano i diritto dell'uomo, e si poteva escire in questa strana proposizione, che è la più aperta contradizione della realtà delle cose: gli uomini nascono e rimangono eguali...».

tuzionali ai bisogni mutevoli del presente. Al di là della specifica risposta prospettata da Ugo a proposito dell'inscindibile rapporto tra costituzione e legislazione positiva, ciò che preme rilevare ora è la costante tensione che, nell'analisi della problematica della 'libertà' egli sviluppa a proposito dei 'limiti' della stessa, limiti che egli si preoccupa di disegnare da vicino, facendo riferimento all'*hic et nunc* e raccogliendo tutta l'eredità del liberalismo italiano degli ultimi decenni dell'Ottocento, nella sua ansia di tracciare la via che dall'età della costituzione porta all'età dell'amministrazione, via che ha nel 'limite' il cardine primario della propria concretezza. Ancora in uno degli ultimi paragrafi della voce in oggetto Giovan Battista Ugo traccerà una sorta di manifesto dei princìpi ispiratori della sua trattazione, in perfetta sintonia con l'eredità cui ho appena accennato. A proposito della «necessità del limite» egli scrive:

«Infatti le libertà non si possono considerare come astrattezze, ma invece nella loro realtà effettiva e concreta; ora questo non è se lo Statuto si distacca dagli elementi che, quali le leggi, ne traducono in atto le disposizioni».

E ancora:

«... qui non siamo nelle scienze esatte: le eventualità che si presentano in pratica sono tali e tante, che è addirittura impossibile comprenderle in quei pochi articoli di cui constano le Carte. La vita dei popoli è quanto mai complicata, e si muove sotto l'influenza di un numero infinito e svariato di forze fra sé lottanti, di circostanze, di tradizioni, di pregiudizi ed i princìpi astratti come la volontà degli uomini, non possono superare questo insieme di agenti che fanno mutare l'ambiente e le condizioni dei popoli anche a brevi intervalli e pure a poca distanza di territorio. I diritti, dunque, che le leggi fondamentali garantiscono devono essere posti in armonia con tali condizioni di fatto e non possono che imperfettamente venir enunciati. Epperò le leggi che li attuano e, per mezzo di numerose disposizioni, li adattano e li plasmano secondo le pubbliche esigenze e conformemente ai bisogni della comunità e dei singoli, sempre secondo la guida del principio di giustizia, sono inseparabili dai medesimi e dallo Statuto»[18].

[18] Cfr. il paragrafo 30 della voce in oggetto.

Avviandosi verso la conclusione della sua voce, Ugo non potrà che puntare l'attenzione sui compiti attuali degli «Stati liberi», cioè sulla realtà istituzionale attraverso la quale prende corpo la libertà contemporanea. Ciò che viene alla ribalta è quell'opera di «prevenzione lecita ed anzi doverosa eziandio negli Stati liberi» che consiste «nel preparare il terreno per l'amore delle istituzioni e nel rimuovere le varie cause che possano dar motivo al disprezzo del precetto legislativo». La mera cornice dello Stato di diritto è ormai molto lontana laddove Ugo sottolinea:

«In tal senso è savio consiglio il provvedere allo sviluppo dell'educazione ed a togliere quei mali che danno luogo agli attriti fra le varie classi ed il curare che il Governo e la pubblica Amministrazione dieno per i primi l'esempio della legalità e le prove del sollecito pensiero da loro rivolto al pubblico bene. Questa è una santa prevenzione e che non ha a che fare con quella, la quale, per impedire il male, restringe soverchiamente, ed anzi finisce col ridurre al nulla, le libertà dei privati»[19].

Ugo sembra ben consapevole delle obiezioni che i sostenitori della purezza dei princìpi del liberalismo potrebbero fargli proprio nel senso del venir meno possibile del *Rechtsstaat* ed è in questo senso che, proprio nell'ultima parte della sua trattazione, egli introduce il tema delle «eccezioni»[20] che regolano l'attività del suo 'Stato libero'. Il «riguardo all'incolumità ed alla tutela delle patrie istituzioni» e

[19] Cfr. G.B. UGO, *Libertà*, cit., p. 815.

[20] «Tali i princìpi; però accanto ad essi, anche nel tema nostro, stanno le eccezioni. Per vero, se dallo Stato libero si volesse allontanare in ogni guisa il sistema preventivo, lo si ridurrebbe all'impotenza e persino all'annichilimineto, e siccome esso è necessario, così bisogna riconoscergli i poteri ed i mezzi occorrenti per lo svolgimento della sua missione e per il conseguimento dei propri fini. Se non si potesse adottare alcun provvedimento d'indole preventiva, l'integrità delle persone e la stessa loro vita potrebbero esserre esposte al più grave repentaglio ed al maggior pericolo, come accadrebbe quando nell'evenienza di profonde ed estese agitazioni e quando fervono le passioni delle classi e dei partiti, si stesse per celebrare una pubblica adunanza in cui facilmente la discussione non sarebbe serena e dalle vivaci espressioni si passerebbe ai fatti, all'uso delle armi ed allo spargimento di sangue».

un'attenta opera preventiva volta a parare possibili rischi corsi da queste ultime costituiscono, in effetti, la via precisa del limite che, realisticamente intessuto di «eccezioni», viene man mano disegnandosi tra politica-polizia statuale e libertà:

«Ora, di fronte a questi pericoli, è certo male minore quello di limitare in via preventiva l'azione dei singoli che il non mettere alcun ostacolo e il rendere omaggio alla libertà anche nella probabile evenienza di quei gravissimi disordini e di quelle catastrofi. Gli è perciò che eziandio negli Stati liberi devesi, sebbene per via di eccezione, accogliere il sistema preventivo e così nella realtà fanno tutti i paesi, nessuno eccettuato. Poiché ovunque soffrono alcuni limiti preventivi i vari diritti dei cittadini, la libertà di stampa, come quella di riunione e di associazione».

Politica e polizia hanno dunque il compito, tra vecchio e nuovo secolo, di integrare tra di loro le difficili eredità di *Rechtsstaat* e di *Polizeistaat.* Non è, a mio avviso, senza significato, in tale prospettiva, che Ippolito Santangelo Spoto firmi per il *Digesto Italiano* le voci *Politica* e *Polizia* a distanza di una diecina di giorni l'una dall'altra (rispettivamente 8 dicembre 1909 e 19 dicembre 1909), presentandole entrambe come capaci di tradurre effettivamente in atto «princìpi» che, ancorati a una dimensione esclusivamente giuridica, finiscono per presentarsi come meri «sillogismi»:

«Così la politica aggiunge al diritto quello che il sentimento al cervello, e ne mitiga i rigidi sillogismi, e lo fa entrare nella vita. Così quello che il diritto istituisce, la politica costituisce, cioè intende a togliere le dissonanze, a trovare quello che vi ha di intimo, di comune nelle varie attività sociali. Se il diritto è organismo e ha definite le sue parti sostanziali la politica è temperamento, che quelle parti sviluppa secondo la razza, il clima, le circostanze, l'ambiente».

Di fronte al concreto compito che l'attende, cioè quello di una «composizione armonica degli interessi», fatta soprattutto di funzioni nuove, la politica lega dunque le sue «cure» alle differenti branche di una polizia che si intreccia ormai saldamente al nascente Stato amministrativo, una volta che si ritiene definitivamente consolidato «il connubio tra poli-

tica e diritto»[21]. Nell'accorto e «ben temperato» gioco tra interessi e funzioni di uno Stato che fa dell'amministrazione la sua sfida di fondo, il «politico» sembra in qualche modo celebrare la sua rivincita, quale garanzia precipua di quel realismo che unanimemente i liberali italiani di fine secolo invocano come indispensabile cornice per i concetti-chiave della loro battaglia politica.

Nel complicato itinerario tardo-ottocentesco che viene man mano disegnandosi dal concetto di libertà visto essenzialmente come insieme di limiti da porre al potere a un concetto di libertà che ha nel limite la propria intrinseca componente, le scienze politiche si presenteranno come lo strumento per eccellenza in grado di tracciare con sicurezza la *Realpolitik* delle libertà limitate; saranno queste stesse scienze a dirsi neutrali garanti di una serie di 'temperamenti' e di 'freni' all'interno dei quali, tenendo fermo a un'attenta analisi dei 'fatti', lo stesso concetto di libertà è destinato a prendere corpo. Al di là della rassicurante definizione della politica come «la più vasta delle scienze, anzi la prima di esse», resta pur sempre, come punto oscuro, il nucleo irriducibile di un'arte della mediazione che va di per sé ben oltre i meri parametri della scienza.

[21] Cfr. I. SANTANGELO SPOTO, *Politica*, in *Il Digesto Italiano*, XVIII, parte 2, Torino 1924, p. 950 in cui si legge: «... il connubio tra politica e diritto si è consolidato, e alla politica più specialmente spetta la funzione di curare che il principio di eguaglianza di tutti i cittadini, di fronte alla legge, si risolva non solo in un'eguaglianza di doveri, ma anche in un'eguaglianza di diritti; è cura della politica, mercè la polizia di sicurezza e il concorso della polizia giudiziaria, attendere e sopravegliare sull'effettiva osservanza generale delle leggi da parte di tutti e di ciascuno; è cura della politica, mercè la polizia amministrativa, attendere che nessuno dei cittadini frodi l'erario di ciò che gli è dovuto, con danno suo e della collettività; è cura della politica, mercè la polizia sanitaria, provvedere che a grandi mali siano opposti grandi rimedi per la tutela dell'igiene e della salute dei cittadini, così nei momenti di eccezionali infezioni come nelle permanenti successioni di fenomeni patogeni; è cura insomma della politica attendere alla composizione armonica degli interessi dell'universale, rappresentati dalla formula della legge, con gli interessi dei particolari, dominati a preferenza dalla tendenza del minimo mezzo a violarla». Per la citazione precedente cfr. pp. 943-944.

«La politica – esclama Santangelo Spoto – non è capace di definizione. Tanto nella concezione volgare, quanto nella concezione scientifica, si presenta come un'idea, tra tante, irreducibile in termini semplici, che abbiano carattere e contenuto di genere prossimo e di differenza ultima. Per quanto gli scrittori di diritto pubblico, o di politica, narratori o critici, si siano affaticati a trovarne una, rimane ancora oscura la nozione del suo contenuoto e della sua funzione. Non dee far meraviglia perciò se Leone Gambetta poté in uno scatto oratorio dire: 'la politique c'est ce qui ne se dit pas, c'est ce qui ne peut pas se dire'»[22].

[22] Cfr. I. SANTANGELO SPOTO, *Politica*, cit., p. 937. Questa citazione apre la voce in oggetto. È lo stesso Santangelo Spoto, più avanti, a definire la politica come «la più vasta delle scienze, anzi la prima di esse».

I concetti di libertà e proprietà negli economisti italiani tra Otto e Novecento

di *Antonio Cardini*

«Se la libertà e la proprietà sono il pernio intorno al quale i congegni della ricchezza si rivolgono, intento supremo del governo sarà di guarentirne la sicurezza. Quando il cittadino non può tranquillamente attendere alle sue occupazioni, ma sta in sospetto contro la violenza del prepotente, la frode del ladro o l'arbitrio del pubblico ufficiale o il tumulto delle fazioni, vano è sperare copiosi frutti dalla sua industria»[1].

Così si esprimeva nel 1859 (ma il libro fu ripubblicato nel 1868 e nel 1881) Marco Minghetti in uno dei testi fondamentali dell'economia pubblica italiana del Risorgimento, *L'economia pubblica e le sue attinenze colla morale e col diritto*, libro fortunato e diffuso tra generazioni di studiosi.

L'opera di Minghetti era uno dei testi classici di quella che in economia allora era chiamata «scuola italiana». Si distingueva dalla «scuola inglese» e dalla «scuola tedesca» proprio per il diverso approccio con cui venivano affrontati i temi della «proprietà» e della «libertà».

Indiscussi cardini del sistema liberale tali concetti venivano non di rado rivisti proprio dalla «scuola italiana».

Lo stesso Angelo Messedaglia, considerato uno dei principali economisti di metà ottocento, si era occupato specificamente del concetto di proprietà, svolgendo alcune considerazioni sulla teoria giuridica nazionale della proprietà in relazione ai progressi degli studi storici del diritto romano e delle dottrine dell'economia politica, con uno scritto del

[1] M. MINGHETTI, *L'economia pubblica e le sue attinenze colla morale e col diritto*, Firenze, Le Monnier, 1859, p. 474.

1848 tutto imperniato sui caratteri fondamentali della scuola italiana, che trattava unitariamente i tre aspetti, l'economia, il diritto e la storia[2]. Messedaglia fu sempre uno strenuo difensore della scuola italiana, «molti di noi – diceva – ci siam fatti del carattere eminentemente morale della scuola economica italiana un concetto preciso»[3]. Quanto alla libertà, nella prelezione al corso di economia presso l'università di Padova, diceva di «essere fedele ai principj dell'antica scuola economica italiana» e perciò di difendere «ogni libertà economica che non si dimostri ingiustizia»[4].

Se per constatare la diffusione di questi concetti, prendiamo il *Nuovo catechismo di economia pubblica per l'insegnamento popolare compilato dall'avvocato Odoardo Galli Segretario Perpetuo emerito della R. Accademia dei Filomati, socio corrispondente di diverse accademie, giudice conciliatore della città di Lucca*, constatiamo che esso prevedeva una stretta relazione tra lo studio dell'economia come scienza morale e la definizione della libertà. Ad esempio al paragrafo 10 di questo catechismo si svolgeva tale dialogo tra maestro e discepolo:

«D. Se tanta armonia si ravvisa tra la morale e la pubblica economia, entrerà questa nel novero delle scienze morali?

R. Sì; l'economia è scienza morale, perché seguita co' suoi precetti quelle regole che sono guida alla condotta degli uomini onde sieno

[2] A. MESSEDAGLIA, *Alcune considerazioni sulla teoria giuridica nazionale della proprietà in relazione ai recenti progressi degli studi storici del diritto romano e delle dottrine dell'economia politica*, Verona, Tipografia Libonati, 1848.

[3] A. MESSEDAGLIA, *Della teoria della popolazione principalmente sotto l'aspetto del metodo. Malthus e dell'equilibrio della popolazione colle sussistenze*, Verona, Tip. Vicentini e Franchi, 1858, in *Opere scelte di economia e altri scritti*, I, Verona, Accademia d'agricoltura, scienze e lettere di Verona, 1920, p. 410; cfr. anche R. ROMANI, *Romagnosi, Messedaglia, la scuola «lombardo veneta»; la costruzione di un sapere sociale*, in R. CAMURRI (ed), *La scienza moderata. Fedele Lampertico e l'Italia liberale*, Milano 1992, pp. 175-210; M. ZAGARINI, *Scienza e società in Angelo Messedaglia*, *ibidem*, pp. 211-234.

[4] A. MESSEDAGLIA, *Prelezione al corso di economia presso l'università di Padova (20 novembre 1858)*, in *Opere scelte di economia*, cit., II, p. 24.

virtuosi; proponesi sviluppare la libertà e la dignità dell'uomo col sentimento della fratellanza universale; e subordina gli stessi materiali interessi, le ricchezze, ai principi della morale»[5].

Una fonte interessante in tal senso è il *Dizionario universale di economia politica e commercio del professor Gerolamo Boccardo* (seconda edizione notevolmente ampliata e migliorata dall'Autore, Milano, F.lli Treves editori, 1877). Secondo questo testo[6], la voce «libertà nelle materie economiche», si doveva interpretare in tal modo: «a due generali tipi possono ridursi gli innumerevoli sistemi economici, che vennero in diversi tempi professati dagli scrittori od attuati dai legislatori ed ordinatori dei popoli, relativamente agli interessi economici della società: l'uno di essi è il regime della libertà; l'altro è quello della restrizione». La differenza tra questi due sistemi veniva così descritta dal Boccardo:

«Secondo il primo, conviene lasciare spontaneo svolgimento alle facoltà ed alle tendenze individuali, ogni qualvolta queste non siano direttamente contrarie al diritto altrui ed al bene comune: fa d'uopo reprimere l'abuso, ma non mai incagliare l'uso legittimo che delle proprie forze faccia il cittadino». Diversa era la definizione del secondo sistema, seguendo il quale «per lo contrario, è mestieri che il legislatore intervenga minutamente nelle private faccende, s'adoperi a contenere gli uni, ad eccitare gli altri, crei in certi casi ostacoli e vincoli, e stimoli ed incoraggiamenti in certi altri; procuri non solo di reprimere l'abuso, ma di prevenirlo con artificiali e complicati mezzi ed espedienti».

La definizione di libertà nel *Dizionario* di Boccardo si appoggiava interamente sul paragone con la natura, in modo che procedeva alla difesa della libertà, su basi per così dire naturalistiche. È interessante notare che l'evoluzione della natura, nel contesto concettuale dell'economia ottocente-

[5] *Nuovo catechismo di economia pubblica per l'insegnamento popolare compilato dall'avvocato Odoardo Galli Segretario Perpetuo emerito della R. Accademia dei Filomati, socio corrispondente di diverse accademie, giudice conciliatore della città di Lucca*, Lucca, Tip. Giusti, 1867, p. 15.

[6] G. Boccardo, *Dizionario universale di eonomia politica e commercio*, Milano, Treves, 1877, II, p. 83.

sca, non era legata al selvaggio ed al primitivo, non atteneva quindi alla libertà naturale primitiva, ma al contrario alla sua evoluzione, per cui la libertà risultava frutto della civiltà. L'evoluzione naturale produceva la civiltà, la cultura e solo queste erano le condizioni della libertà. Da un lato dunque quanto più si era civili, secondo Boccardo, tanto più si comprendeva e seguiva la natura; dall'altro la civiltà rendeva liberi dagli impedimenti opposti dalla natura stessa. Siamo quindi all'interno di una veduta hobbesiana e non rousseauviana della libertà. Infatti, secondo Boccardo «quanto è minore la cultura degli uomini, tanto è in essi maggiore la tendenza a violentare le opere della natura». Infatti «le tribù selvagge hanno costume di deformare il corpo dei loro bambini». Viceversa «nessuna schiatta possiede fanciulli più maravigliosamente belli, vegeti, robusti e bene aitanti della persona di quelli che fanno liete e superbe le ricche ed agiate famiglie della Scozia e dell'Inghilterra. Ma in nessuna contrada è lasciato più libero svolgimento alla educazione fisica delle crescenti generazioni». Se ne doveva concludere che «indizio di progredita civiltà è l'abbandono dei fittizi e convenzionali adornamenti». Mentre persino «l'arte del giardiniere» si propone nella «progredita civiltà europea» del secolo XIX «non più lo scopo di combattere, ma quello di simulare la natura».

Tali osservazioni venivano da Boccardo riferite alla società politica, per similitudine, pertanto «ciò che diciamo nell'ordine dell'educazione, del costume, e dell'arte, può, a buon diritto ripetersi nell'ordine civile ed economico»[7].

Seguire la natura era sintomo di progresso, viceversa «più si risale nella serie dei tempi, più si trova arbitraria e forzata la struttura e l'organizzazione imposta alle umane società». La tendenza proseguiva nel secolo XIX, per cui «invece di avere fede nelle leggi naturali di ordine e di armonia regolatrici del libero e spontaneo svolgimento dei fenomeni economici, la maggior parte, l'immensa pluralità dei legislatori sonosi

[7] *Ibidem*, p. 84.

occupati nel circoscrivere con impedimenti e vincoli di ogni maniera la libertà degli individui e quella delle nazioni»[8].

All'economia politica era attribuita pertanto «l'incontestabile gloria» di aver «sollevato la prima voce contro un sì nefasto regime», tanto che «tutti gli uomini di senno e di cuore» la proclamavano «scienza della umana libertà».

Il concetto di libertà veniva quindi posto sotto il presidio e la difesa, sotto lo scudo di una scienza, la scienza economica, la quale aveva il compito di interpretare e spiegare le leggi della natura per consentire al legislatore di assecondarle.

Il *Dizionario* di Boccardo riassumeva il sapere enciclopedico più diffuso nell'Italia dell'ultimo quarto dell'ottocento. Testimonia quindi l'uso di concetti diffusi tra la borghesia, l'elaborazione di un patriominio concettuale accreditato ed accettato. Esisteva in esso un parallelo tra progresso della scienza nello studio dei fenomeni naturali, da un lato, e progresso della società umana assimilata alla natura dall'altro.

Boccardo dunque si proponeva anzitutto di circoscrivere «la definizione stessa del concetto di libertà»[9]. E spiegava la ragione per cui utilizzava a questo scopo le elaborazioni degli economisti. Perché essi avevano congegnato le difese più solide dei concetti in questione.

> «Se voi scorrete – diceva – i più celebri trattati di morale o di politica sì antichi che moderni, troverete che essi vi danno della libertà una nozione o talmente astratta che sarebbe difficile recarla a pratico giovamento, o così monca e incompleta che un solo istante di riflessione basta a convincervi degli errori in cui sarebbe agevole l'incorrere, ove di essi si volesse tentare qualche effettiva applicazione»[10].

Boccardo dichiarava che gli antichi non avevano nessuna

[8] *Ibidem*, p. 85.

[9] *Ibidem*, p. 86.

[10] *Ibidem*.

cognizione della libertà dell'individuo, così come nel medioevo le libertà individuali erano sconosciute, e le libertà investivano la comunità nel suo complesso piuttosto che i singoli individui. C'era stato tuttavia un notevole progresso (la fiducia nel progresso da parte di Boccardo era senza limiti). Infatti «l'individuo, anche nei paesi più dispoticamente governati, gode oggidì una somma di diritti ed una indipendenza personale infinitamente più grandi che nel mondo pagano e nell'età di mezzo». La libertà non veniva definita solo attraverso la sfera dei diritti, ma anche attraverso quella dell'istruzione. Infatti nel secolo XIX «la scienza e la moralità più diffuse e meglio assicurate allargano la sfera di azione e, per conseguenza, la libertà dell'uomo»[11]. Diverso era il concetto di libertà elaborato dai filosofi e dai letterati, rispetto al quale gli economisti prendevano le distanze, soprattutto combattendo Rousseau e l'idea che la libertà fosse più grande nello stato di natura. In realtà, diceva Boccardo, «il selvaggio è il meno libero degli uomini: schiavo della propria impotenza, soggiace a tutti gli agenti esteriori, dei quali non sa sottrarsi al tirannico impero. Non è libero di guarentirsi dalle intemperie, di provvedersi il vitto e la casa sicura e comoda e sufficiente, non lo è di mantenere, di educare, di istruire se stesso ed i figli». In sostanza il concetto di libertà così definito «è un'ampliazione successiva e progressiva delle umane potenze e facoltà». In conclusione, diceva Boccardo, la libertà «non è il risultato di una speciale forma di governo, ma quello invece dello svolgimento della civiltà». Contro il diritto naturale diceva infine che la libertà «non consiste in un peculiare attributo dell'uomo, sì vero nel suo affrancamento da tutti gli ostacoli che alla sua attività si opponevano». All'esercizio della libertà così inteso esistevano impedimenti fisici individuali per cui «noi possiamo discernere nei diversi uomini una differente capacità per la libertà», data appunto dalle diverse attitudini fisiche. Importanti, perché, come diceva Boccardo, e questa era la definizione più stringente, «la libertà consiste nel potere di

[11] *Ibidem*, p. 87.

usare delle proprie forze e di dominare la natura»[12]. La libertà economica poi consisteva concretamente nella libertà del lavoro, cui non si poteva frapporre alcun ostacolo. Essa esprimeva

«per qualunque cittadino la facoltà di esercitare una o parecchie professioni, di regolare il prezzo dei suoi prodotti e dei suoi servigi come meglio stima; di scambiare i frutti del suo lavoro, sia nell'interno dello stato, sia all'estero, a seconda dei propri interessi»[13].

La questione della libertà poneva una serie di disposizioni legislative che Boccardo non credeva possibile attuare di colpo. «Sarà egli possibile – si domandava retoricamente – attuarla completamente, assolutamente, di sbalzo, presso qualunque popolo, senza riguardo alcuno alle speciali sue condizioni, al suo passato, alle sue tendenze, alle sue tradizioni?». Qui si entrava in un terreno delicato, perché la polemica era diretta contro Francesco Ferrara, il maggior economista italiano, e il più fervente sostenitore della libertà. Tra il 1848 ed il 1873 Francesco Ferrara aveva tentato di affidare all'economia politica il compito di costituire lo scheletro di un sistema ideologico ben ordinato in cui la borghesia in ascesa doveva essere pronta ad assumere la guida politica ed economica della società instaurando la libertà in ogni campo. Le aspre reazioni suscitate dal suo sistema ci mostrano quanto la ideologia da lui proposta risultasse isolata. Complessivamente quella che è stata giustamente chiamata l'età di Francesco Ferrara va considerata tale soltanto sotto il profilo del pensiero economico. Sul piano della mentalità diffusa, invece, quel periodo mostra un'articolata espressione di segno assai diverso, una fiducia nella misura e nel controllo delle forze del mercato, un radicato pessimismo sui benefici risultati della «mano invisibile». Ciò renderà facile l'accantonamento successivo dello stesso liberismo.

«V' ha (lo sappiamo) – polemizzava Boccardo – una scuola che in Italia conta uno o due fautori, la quale a una siffatta domanda

[12] *Ibidem*, p. 88.

[13] *Ibidem*, p. 89.

risponde con una recisa affermativa. Armati di forbici e scure, vorrebbero costoro abbattere con un solo colpo tutti gli ostacoli e far tavola rasa di tutte le antiche istituzioni. Noi preferiamo attenerci alla sapiente dottrina dei nostri grandi maestri, alla dottrina dei Romagnosi, dei Cattaneo, dei Rossi; i quali, pure levando alta la bandiera della libertà, ed indicandola alle genti come l'eccelso fine cui devono intendere, riconoscono però la necessità ineluttabile di procedere coraggiosi sì ma prudenti e guardinghi nella via delle riforme».

È interessante questa contrapposizione netta tra il liberismo di Ferrara, respinto come estraneo, ed il richiamo alla tradizionale «scuola italiana» di Pellegrino Rossi e degli altri. Si trattava di una ripartizione tradizionale delle scuole economiche italiane, di cui Boccardo ci confermava appunto la esistenza ancora nell'ultimo quarto del XIX secolo. La libertà, in questo contesto culturale, in Boccardo come in Messedaglia, come in Minghetti, era collocata all'interno delle tradizioni popolari, nel suo contesto storico, nel quadro dell'economia nazionale e della comunità. Veniva insomma indicata una strada distinta dal liberalismo inglese, la quale si adattava alla visione nazionale in cui il tema risorgimentale della unificazione e della libertà italiana si legava con quello dell' individualismo. «L'economia politica (rammentiamolo bene) non è la sola scienza cui incombe l'arduo ufficio di dirigere e regolare le sociali bisogne: la storia, il diritto devono sussidiarla, illuminarla, contemperarne i giudizi» diceva Boccardo[14]. Si era in tal modo ancora dentro i concetti espressi dalla «scuola italiana». Per la definizione della libertà si usavano da parte degli economisti i concetti elaborati dalla tradizionale interpretazione legata alla storia ed al diritto, quindi al popolo; non si usava il concetto inglese di libertà connesso con l'individuo. Il concetto di libertà usato dall'economista Boccardo assimilato al progresso, all'incivilimento, era posto all'interno della comunità nazionale, del popolo, della tradizione, della stirpe. Per questo la storia ed il diritto erano necessari per definirlo: «Chi ignora queste diverse discipline» come la storia e il diritto – polemizzava

[14] *Ibidem*, p. 90.

Boccardo, riprendendo temi lungamente dibattuti – «chi è uomo d'un solo libro» come Ferrara, accusato di leggere solo Bastiat, «chi non sa vedere nel mondo delle genti che si agita e progredisce, fuorché l'impero delle sole leggi economiche, neghi pure a sua posta la convenienza di questo contemperamento. *Cave ab homine unius libri!*». Diceva contro Ferrara, sostenendo poi che la scienza doveva essere distinta dall'arte, per quanto riguardava le applicazioni, le quali «devono modificarsi, a seconda delle variabili circostanze dei tempi, dei paesi, dei costumi»[15]. A porre in discussione il concetto di libertà, diceva Boccardo, vi è una «questione di giustizia, ed una di utilità»[16].

La libertà, riferendosi al lavoro e allo scambio, poggiava sul diritto di proprietà. «La nozione dello scambio si serve per filo logico da quella del lavoro e da entrambe fluisce quella del valore, così da quest'ultima rigorosamente si deduce il concetto giuridico-economico di proprietà»[17]. La connessione tra libertà e lavoro tra lavoro e scambio, consolidava il concetto di proprietà, secondo la definizione che «ogni uomo deve poter godere liberamente i frutti del suo lavoro, sia consumandoli direttamente, sia scambiandoli coi frutti del lavoro altrui sulla base di loro equivalenza»[18]. Boccardo insisteva sulla «teoria giuridico-economica della proprietà» per mostrare che «l'economia politica, qual è oggidì costituita, più non merita l'accusa che facevasi ai giureconsulti e agli economisti antichi, di ravvisare cioè la proprietà unicamente come utile o necessaria, non mai giusta e fondata in diritto»[19]. L'articolazione del ragionamento si configurava così:

«la proprietà non è giustificabile se si prende come un fatto isolato e indipendente dagli altri fenomeni della sociale economia. Ma

[15] *Ibidem*.

[16] *Ibidem*, p. 92.

[17] *Ibidem*, p. 854.

[18] *Ibidem*, p. 855.

[19] *Ibidem*, p. 858.

quando si consideri la legge dello scambio, la natura del valore, quando una fina analisi penetri nell'indole e nella produzione della ricchezza, quando si scopra che gli uomini non sono proprietari che dei valori e che le utilità rimangono necessariamente gratuite e comuni, allora la proprietà trovasi completamente giustificata e gli avversari in buona fede sono ridotti al silenzio»[20].

La conclusione era di carattere psicologico: «se all'uomo togliete lo stimolo del personale interesse, che è quanto dire la certezza di godere (egli e i cari suoi) i frutti del suo lavoro, in altri termini, se togliete la proprietà individuale e inamovibile lo riducete infallibilmente all'inerzia»[21].

Tali considerazioni erano avanzate nell'intento di mostrare la infondatezza degli argomenti addotti da coloro che sostenevano la necessità di abolire la proprietà. Il concetto era elaborato dalla scienza e posto a difesa di un caposaldo dell'ordinamento sociale.

«Da qualunque parte esaminiamo le teorie degli utopisti, dappertutto veggiamo che la miseria e lo squallore stenderebbero sulla società un velo funerale, se eglino potessero attuare quei sogni coi quali promettono aprirci le porte del paradiso. Oh, vale meglio lasciar la società qual è costituita, contentandosi di cooperare al graduale progresso di lei, ammirando quell'armonia che la governa in modo non meno sublime, non meno perfetto di quello con cui si comporta la natura con tutto il creato»[22].

Ci si affidava insomma decisamente alla interpretazione naturalistica del concetto di proprietà, che consentiva un ordinamento spontaneo della società.

Questo modo di procedere era ripreso nella monumentale opera di Fedele Lampertico, *Economia dei popoli e degli stati*, considerata dai contemporanei la maggiore opera di economia pubblicata in Italia e Lampertico era poi ritenuto se non il più autorevole il più dotto tra gli economisti. Suo

20 *Ibidem*, p. 859.

21 *Ibidem*.

22 *Ibidem*, p. 864.

scopo era difendere libertà e proprietà come perfettamente rispondenti alla natura dei popoli. «Ad udire i socialisti – esclamava Lampertico affrontando immediatamente i suoi avversari – siamo noi e non già essi medesimi i colpevoli di sostituire ad un ordine naturale un ordinamento arbitario»[23].

Lampertico dedicò al tema della proprietà un intero volume della sua opera, il volume terzo[24]. Sostenitore della Scuola storica, faceva ampio uso dei testi giuridici, filosofici e morali per definire la proprietà, come era nel suo stile. «Apriamo i codici – scriveva infatti – e primo fra tutti i diritti sui beni vi troviamo il diritto di proprietà». Era questo «quel diritto, da cui parte, ed a cui mette capo ciascuno di essi [diritti sui beni]: quello che in sé li comprende tutti; quello che ne è la affermazione e la manifestazione più piena»[25]. Lampertico discuteva la definizione dei «codici» che «la proprietà è il diritto di godere e disporre delle cose nella maniera più assoluta;... purché non se ne faccia un uso vietato dalle leggi e dai regolamenti». Trovava questa affermazione contraddittoria: «Prima dichiarasi libero il proprietario da qualsiasi limite; poi lo si mette in piena balia dell'autorità pubblica». In questo testo libertà e proprietà erano poste in stretta connessione tra loro, come parti di una identica realtà, come se il contenuto della proprietà fosse la libertà, e il fondamento della libertà fosse la proprietà.

La giustificazione economica della proprietà era ricercata nella sua rispondenza «alla legge del minimo mezzo nell'ordine dei beni»[26].

Lo stesso Lampertico poneva dei limiti all'uso della libertà e

23 F. LAMPERTICO, *Economia dei popoli e degli stati*, I: *Introduzione*, Milano, Treves, 1874, p. 283; cfr. L. MAGLIARETTA, *«Pellegrino carpone, purché si vada». Sviluppo economico e opzione politica nel pensiero di Fedele Lampertico*, in R. CAMURRI (ed), *La scienza moderata*, cit., pp. 255-285.

24 F. LAMPERTICO, *Economia dei popoli e degli stati*, II: *La proprietà*, Milano, Treves, 1876.

25 *Ibidem*, p. 33.

26 *Ibidem*, p. 34.

della proprietà, scorgendo questi limiti in una forma di socialità:

«Nessuna relazione economica può immaginarsi se non circoscritta a limiti determinati, né può immaginarsi uno stato bene ordinato, che li sposti a suo libito anziché riconoscerli, come sono nella natura delle cose, dando efficacia giuridica ai fatti economici nella loro genuinità. La proprietà venne sempre più affermando il suo carattere individuale: ma ciò non conseguì se non in coalizione costante colla socialità»[27].

La libertà e la proprietà erano in Lampertico associate, come due aspetti di uno stesso elemento.

«Non basta però rivendicare la libertà agli interessi privati: d'uopo è rispettare le ragioni reciproche, perché altrimenti la libertà degli uni diventa tirannia verso gli altri. Il sistema che in nome della libertà attribuisce la miniera al proprietario del suolo, dovrebbe qualificarsi piuttosto come un vestigio di feudalismo»[28].

Su questo tema vi era stata una polemica violentissima con Ferrara. Lampertico poneva anche il problema dello Stato: «Col formarsi dello stato si rese anche necessario l'assetto della finanza: parola che ancora il Guicciardini adopera come nuova»[29].

Il problema più articolatamente discusso era quello della terra, della legittimità dei proventi derivanti dal suolo, sullo sfondo della descrizione economica di un'Italia rurale, con tutte le varietà di usi, costumi, nella coltivazione dei campi, nel taglio dei boschi. La discussione sulla teoria di Ricardo occupa gran parte del trattato di Lampertico sulla proprietà (ed è evidente che si intende la proprietà rurale). È il problema più sentito dai notabili che cercano nella scienza economica anzitutto una legittimazione della rendita derivante dalla proprietà terriera[30].

[27] *Ibidem*, p. 61.

[28] *Ibidem*, p. 69.

[29] *Ibidem*, p. 75.

[30] *Ibidem*, pp. 104 ss.

Due sono in sostanza le richieste rivolte all'economia politica come scienza nazionale dalla classe dirigente, due i concetti che si chiede ad essa di elaborare, con la libertà e la proprietà:

1. di essere funzionale alla costruzione dello Stato ed all'arte di governo;

2. di legittimare la rendita fondiaria derivante dalla proprietà terriera.

Queste attitudini furono i pilastri della scuola italiana, elaborati tra il 1870 ed il 1914.

La conclusione del Lampertico era che «la giustificazione economica della proprietà non è che una applicazione della legge naturale di continuità»[31]. Inoltre «la rendita non deriva dalla proprietà: nella proprietà trova anzi una causa moderatrice e regolatrice». Il libro di Lampertico, del 1874, conteneva tra l'altro una densa esposizione dell'opera di Marx, *Das Kapital. Kritik der politischen Oekonomie*, Hamburg 1872, una delle prime ampie citazioni in italiano, del testo tedesco (dopo quelle di Vito Cusumano)[32]. A Lampertico e a Cusumano, che citavano ampiamente Marx, si rivolgeva Ferrara polemizzando e ricordando che simili espedienti erano inutili e non avrebbero spento la forte attrattiva esercitata da Marx, la «rude sirena del Capitale».

Lampertico analizzava attentamente Marx ed attaccava gli autori socialisti e anarchici che negavano la proprietà. Si riferiva in particolare a Proudhon e Lassalle: «Certamente – esclamava – non si deplora mai troppo il perturbamento che porta negli animi un libro come quello del Proudhon con in fronte per motto 'la proprietà è un furto' ovvero una sentenza del Lassalle 'l'odierna proprietà è cosa non sua' (das heutige Eigenthum ist Fremdthum)»[33]. Riconosceva tuttavia che «dinnanzi ai problemi coi quali il socialismo c'incalza,

[31] *Ibidem*, p. 360.

[32] F. LAMPERTICO, *Economia dei popoli e degli stati*, I: *Introduzione*, cit., pp. 219 ss.

[33] *Ibidem*, p. 282.

sarebbe consiglio assai improvvido il ritirarsi nelle vecchie trincee, senza rinnovare le munizioni»[34]. I problemi posti dagli avversari erano infatti assai complessi e non vi si poteva rispondere con facilità o addirittura con faciloneria: «Le sottili analisi di Carlo Marx armate di tutto punto da un'erudizione di cui può fare suo pro' l'economista il più puritano..., non si combatte col disprezzo»[35]. Il problema era «formarsi una chiara nozione di quello che si intende per legge naturale, per ordine naturale»[36], diceva Lampertico.

Scoprire le leggi significava stabilire se l'ordine naturale delle società era il socialismo ovvero il sistema fondato sul binomio libertà/proprietà; se avessero cioè ragione i socialisti a voler ripristinare l'ordine naturale primitivo egualitario privo dell'appropriazione indebita prodotta dalla proprietà privata dei mezzi di produzione e di scambio con l'aggiunta che la libertà consiste appunto nell'abrogazione dei limiti provenienti ad essa dalla proprietà privata, o viceversa se l'ordine naturale prevedesse che la proprietà era il presidio inviolabile della libertà individuale, senza il quale la libertà stessa sarebbe andata perduta.

Lampertico sceglieva una via di mezzo. «Come nell'ordine fisico, così in quello economico: l'azione dell'uomo trova dei limiti, al di là dei quali riuscirebbe disastrosa ed inefficace, dentro di essi però ha un campo larghissimo, in cui beneficamente manifesta la sua potenza»[37]. La scelta della scuola italiana era per il secondo sistema, governato però dalla morale.

Riproponendo ancora gli schemi della scuola italiana fino alla prima guerra mondiale Ghino Valenti sosteneva che la libertà economica «non implica l'inerzia da parte dell'uomo, ovvero una condizione di sconfinata e sregolata libertà». Viceversa tale concetto comportava «la necessità di ricono-

[34] *Ibidem*, p. 283.

[35] *Ibidem*.

[36] *Ibidem*, p. 290.

[37] *Ibidem*, p. 292.

scere la natura propria degli enti e delle relazioni economiche, e di non agire per nulla ad arbitrio pur riconoscendo come condizione dello sviluppo e delle attività umane la libertà individuale»[38].

Rispetto a queste strenue difese della proprietà sul piano naturalistico ed a queste definizioni storiche della libertà da parte della scuola italiana, un grande passo in avanti venne compiuto dal lavoro di Pareto, il quale reimpostò totalmente e rinnovò la difesa della proprietà e della libertà, principalmente attraverso un'opera, tra le sue, poi accantonata e quasi estromessa dalla cultura italiana, *Les Systèmes socialistes*, scritto tra il 1897 ed il 1901 ed uscito in due volumi nel 1901 e nel 1903. L'opera era una lunghisima requisitoria contro la fiacchezza della borghesia contemporanea nel difendere la proprietà e la libertà. «I ricchi che, ai nostri giorni, aiutano coi loro denari istituzioni in cui si insegna che i beni dei borghesi sono male acquistati e che bisogna spogliarneli, sono per lo meno incoseguenti»[39], scriveva.

Pareto estendeva la sua analisi a molti fenomeni della società italiana, e azzardava previsioni per il futuro: «Si accusava un tempo il governo borbonico, a Napoli, di scendere a patti con la camorra; un processo recente ha mostrato che il governo italiano non disdegnava, in tempo di elezioni, l'appoggio della mafia. Sarebbe curioso vedere se un nuovo regime, succeduto al regime attuale, ricorrerebbe ancora a simili appoggi. A giudicare dall'esperienza del passato, l'affermativa è probabile»[40], concludeva. E non sbagliava.

Pareto svolgeva un'appassionata difesa della libertà, pur sostenendo che nessuno in realtà la desiderava: «Nessun paese, finora, è stato governato secondo un sistema di completa libertà economica. La causa principale di ciò sta nel fatto che la libertà economica non può promettere alcun privile-

[38] G. VALENTI, *Principii di scienza economica*, Firenze 1916, I, p. 51.

[39] Cfr. ora V. PARETO, *I sistemi socialisti*, a cura di G. BUSINO, Torino 1974, p. 179.

[40] *Ibidem*, p. 197.

gio ai suoi seguaci, né attirare con l'esca di guadagni illeciti: essa non offre che la giustizia e il benessere per il maggior numero, ed è troppo poco. Con ciò essa si trova fuori della realtà»[41], scriveva ironicamente.

La questione della proprietà invece era, secondo lui, essenziale per definire i sistemi sociali in generale: «si ha un criterio più preciso per caratterizzare i sistemi socialisti, nel considerare i limiti nei quali essi ammettono la proprietà privata»[42]. Faceva previsioni anche sulla eventuale applicazione pratica del marxismo, diagnosticando effetti disastrosi in conseguenza dell'abolizione della proprietà:

«Il marxismo tende solo alla trasformazione del capitale privato in capitale collettivo; il capitale stesso non sarebbe distrutto; ma il socialismo di stato, occupandosi soltanto di spogliare i ricchi, senza curarsi di ricostruire, sotto forma collettiva il capitale, che distrugge sotto forma privata, deve necessariamente metter capo, presto o tardi, all'impoverimento del paese»[43].

Questa osservazione veniva dall'autore posta in diretta relazione con la sua teoria intorno alla curva dei redditi. «Abbiamo mostrato – scriveva – che la curva della distribuzione dei redditi ha una notevole stabilità, cambia abbastanza poco, mentre le circostanze di tempo e di luogo, nelle quali le si osserva, cambiano molto»[44]. Pareto aveva dedicato molta cura alla costruzione di questa curva della distribuzione della ricchezza, vero punto essenziale della sua teoria sui sistemi socialisti. Non a caso aveva posto un richiamo alla sua «curva» subito all'inizio dell'opera:

«Le ricerche contenute in questo libro – diceva infatti nell'Introduzione – suppongono noti certi principii di fisiologia sociale, in parte già esposti nel mio *Cours d'économie politique*. Sarà utile qui riassumerli, con le aggiunte che nuovi studi mi hanno portato a

[41] *Ibidem*, p. 198.

[42] *Ibidem*, p. 212.

[43] *Ibidem*, p. 250.

[44] *Ibidem*, p. 251.

introdurvi. La curva della distribuzione della ricchezza, nelle nostre società, varia molto poco da un'epoca all'altra. Ciò che è stata chiamata la *piramide sociale* è in realtà una specie di trottola... I ricchi ne occupano la sommità, i poveri sono alla base»[45].

Pareto aveva già esposto questa sua curva della distribuzione della ricchezza in alcuni articoli preparatori[46]; soprattutto aveva delineato la curva della distribuzione della ricchezza nel secondo volume del *Cours*, uscito a Losanna nel 1897[47].

I *Sistemi socialisti* in fondo non facevano altro che sviluppare a parole, recando fatti ed esempi, la teoria matematica della curva, asseverandola con elementi tratti dalla storia e dalla cronaca che rendevano più leggibile il linguaggio dei numeri e rivestivano della forma scritta le formule e le parabole. Il cuore di questa dimostrazione lo troviamo esposto ad un certo punto del volume, dove si mostra il carattere di difesa della proprietà di tutto il lavoro.

«Supponiamo che – scriveva – data una curva di distribuzione dei redditi, si esproprino tutte le persone aventi un reddito al di sopra di un certo limite; sembra bene che la distribuzione dei redditi debba risultare cambiata per lungo tempo. Si può ammettere che la disuguaglianza dei caratteri fisici e mentali degli uomini finirà col produrre la disuguaglianza dei redditi, ma occorreranno per que-

45 *Ibidem*, p. 129.

46 Cfr. V. PARETO, *La courbe de la répartition de la richesse*, in «Université de Lausanne, Recueil publié par la Faculté de Droit, à l'occasion de l'Exposition nationale suisse», Genève 1896, pp. 373-387; dello stesso, *La courbe des revenus*, in «Le monde économique», 25.7.1896, pp. 99-100; dello stesso, *La curva delle entrate e le osservazioni del prof. Edgeworth*, in «Giornale degli economisti», novembre 1896, pp. 439-448 (Edgeworth aveva recensito criticamente *La courbe de la richesse*); dello stesso, *Aggiunta allo studio sulla curva delle entrate*, in «Giornale degli economisti», gennaio 1897, pp. 15-26; dello stesso, *Ultima risposta al prof. Edgeworth*, in «Giornale degli economisti», marzo 1897, pp. 219-220; dello stesso, *La répartition des revenus*, in «Le monde économique», 28.8.1897, pp. 259-261; l'insieme di questi studi sono ora riuniti in V. PARETO, *Ecrits sur la courbe de la répartition de la richesse*, réunis et présentés par G. BUSINO, Genève 1965.

47 V. PARETO, *Cours d'économie politique*, nouvelle edition par G.H. BOUSQUET-G. BUSINO, Genève 1964, pp. 313-320.

sto almeno alcune generazioni... Così si sono soppressi i redditi elevati, si è tagliata la parte superiore della curva e, senza volerlo, si è causata nello stesso tempo la riduzione dei redditi poco elevati: la parte inferiore della curva si abbassa, e per conseguenza tutta la curva finisce per riprendere una forma assai simile a quella ch'essa aveva prima, salvo che tutti i redditi si sono ridotti»[48].

Secondo Pareto l'abolizione della proprietà privata non era impossibile, era inutile e la conformazione naturalistica della società assumeva i tratti dell'osservazione scientifica: «Se si impedisce a una soluzione di sale marino di cristallizzare in grandi cubi, per esempio agitandola, essa cristallizzerà in piccoli cubi, ma la forma dei cristalli sarà la stessa»[49]. Lo stesso secondo lui avveniva agitando la società e muovendola con una rivoluzione che impedisse la proprietà. La curva della distribuzione della ricchezza si sarebbe formata nuovamente nello stesso identico modo, su scala ridotta (quindi con minore ricchezza da distribuire).

Dopo il 1989 possiamo oggi noi dire che egli avesse torto?

Non avendo esempi cui riferirsi tratti dall'esperienza storica del secolo XX (come possiamo fare noi) usava l'antichità per compiere riferimenti rispetto al presente, mostrando come già nel passato le violazioni di essa avessero comportato gravi danni, disordini, veri e propri disastri: «La democrazia ateniese affondò sempre più nel socialismo di stato, distruggendo il capitale sotto la forma privata, senza ricostruirlo nella forma collettiva. Così la decadenza fu pronta e irrimediabile»[50]. Anche nella difesa della libertà, assieme alla proprietà, si diceva che la sua mancanza o il suo abbandono dovevano essere ritenuti causa di decadenza. L'esempio era costantemente dedotto dall'antichità, ma con riferimento palese ai mali del presente: «La perdita di libertà, l'avvento di un governo assoluto che, soprattutto a partire dal tempo di Diocleziano, prese sempre più la forma di dispotismo

[48] V. PARETO, *I sistemi socialisti*, cit., p. 251-252.

[49] *Ibidem*, p. 252.

[50] *Ibidem*, pp. 257-258.

orientale, furono causa, e allo stesso tempo effetto, dell'ammollimento dei caratteri». Il paragone con l'attualità diventava talvolta esplicito, e la polemica con chi attentava alla libertà ed alla proprietà era diretta:

«Il socialismo di stato attuale avvia le nostre società verso una situazione analoga, cercando di rovinare i capitalisti a mezzo dell'imposta progressiva o altre misure simili, e di fare scomparire gl'imprenditori a mezzo di scioperi e di innumerevoli misure vessatorie, che limitano la libertà dell'industria e del commercio e ne accrescono gli oneri»[51].

Irrideva ai sostenitori dell'esistenza di una antichissima proprietà collettiva, ed affermava che comunque ciò non intaccava in nulla la presente proprietà individuale[52]. Assieme alla proprietà, la difesa della libertà era costante, e per questo Pareto attaccava incessantemente Hegel e Marx[53], cercando di demolire, di quest'ultimo, la teoria del valore[54].

Il punto essenziale concerneva l'organizzazione del mercato. L'obiezione al sistema socialista teorico riguardava proprio questo nodo. Una volta soppresse la libertà e la proprietà, come si poteva risolvere il problema della distribuzione, cui provvedeva il sistema dei prezzi stabilito dal mercato?. «Il sistema dei prezzi» [stabiliti dal mercato, che si fondava su proprietà e libertà] è il mezzo per risolvere il problema, consistente nel disporre la produzione economica in modo da ottenere il massimo di benessere per la collettività. Questa proposizione può essere enunciata più brevemente, generalmente e rigorosamente, grazie alla teoria dell'economia politica matematica» attraverso la quale la questione era facilmente risolta con un «sistema di equazioni». Si trattava di

«determinare le incognite che si presentano in tali equazioni. Ora per questo, si trova ch'è utile far uso d'un sistema di incognite

[51] *Ibidem*, p. 261.

[52] *Ibidem*, p. 271-272.

[53] *Ibidem*, pp. 378, 384.

[54] *Ibidem*, pp. 392-393.

ausiliarie, che non sono altro se non i prezzi... I prezzi dei contratti e le incognite ausiliarie, introdotte per risolvere le equazioni dell'equilibrio, coicidono, perché la contrattazione della libera concorrenza è un mezzo per risolvere praticamente le equazioni dell'equilibrio economico, e questo mezzo è press'a poco uguale a quello di cui si fa uso quando si ricorre alle incognite ausiliarie»[55].

Così la difesa della proprietà e della libertà era arretrata di un passo e posta sotto il solido usbergo delle formule matematiche, difficilmente attaccabili dai filosofi, era posta fuori della portata dei letterati. La scienza specialistica organizzata in codici disciplinari inaccessibili, strutturata in formule matematiche imponeva attacchi difficili da condurre. Si può gettare in aria e colpire il leggero berretto della libertà, dirà Pasquale Jannaccone, ma è assai arduo compiere la stessa operazione con il bronzeo elmo di Minerva, posto a presidio della scienza[56]. Così gli economisti erano certi di aver messo al sicuro in cassaforte custoditi da formule matematiche i loro concetti più cari, la libertà e la proprietà, distillati nei laboratori della scienza (dell'economia politica) per oltre cento anni. E dietro questo riparo Pareto si divertiva a bersagliare i filosofi hegeliani, i socialisti, e gli economisti tedeschi: «Con licenza dei signori 'etici'... la scienza economica ci spiega come ciò avviene [produzione e distribuzione, al di là delle apparenze] allo stesso modo che un'altra scienza ci spiega come quello che noi crediamo essere il levare e il coricarsi del sole e delle stelle è un'illusione»[57]. Così la moneta non è che una parte della ricchezza, che solo grazie al mercato ed alla proprietà ed alla libertà si trasforma in beni economici. Per cui «alla nostra epoca e presso i popoli civili, grazie alla sicurezza della proprietà, la tesaurizzazione dei privati non esiste più», nessun risparmio è sottratto alla circolazione, mentre «a misura che la civiltà progredisce, la quantità di risparmio che deve adoperare aumenta». Infatti

[55] *Ibidem*, pp. 423-424.

[56] P. JANNACCONE, *Scienza, critica e realtà economica*, in «La Riforma sociale», XXXVII, 1930, pp. 521-527.

[57] *Ibidem*, p. 435.

«senza risparmio, in grande quantità, i popoli moderni non avrebbero potuto avere le loro strade, i loro canali, le loro ferrovie, le loro navi, le loro officine e le loro terre prosciugate, concimate, migliorate in tutti i modi»[58].

Ormai Pareto si distingueva dagli economisti del passato, dai quali prendeva le distanze, ponendo nettamente la proprietà e la libertà sotto la protezione della nuova economia matematica:

«Due cose devono essere distinte e separate nelle opere degli economisti che si sono detti classici e degli economisti liberali, cioè una parte scientifica e una parte metafisica. La parte scientifica è generalmente buona, essa è il fondamento della scienza economica moderna. L'analisi matematica è ora venuta a dare maggiore precisione e soprattutto maggiore generalità ai *concetti* degli economisti classici».

I matematici perfezionavano e generalizzavano i concetti degli economisti classici, eliminando i loro errori di dimostrazione, ma i concetti di fondo, libertà e proprietà, rimanevano. «Danno, diceva Pareto, le grandi linee della scienza e devono ancora essere studiati accuratamente»[59]. In particolare approfondiva i risultati dell'economia classica sui due concetti fondamentali alla luce della nuova economia matematica.

«Il problema da risolvere – aggiungeva – consiste dunque, essenzialmente, nel trovare la frontiera fra il campo della *libertà* e quello della coazione. Un punto estremamente importante per l'organizzazione economica e per l'organizzazione sociale è quello della *proprietà* privata. Il governo deve o non deve costringere gli uomini a rispettarla? Queste due soluzioni sono compatibili col dogma della libertà economica, secondo che si stabilisca che la proprietà privata non fa parte o fa parte del campo della libertà»[60].

Pareto abbandonava totalmente l'elaborazione dei concetti

[58] *Ibidem*, p. 440.

[59] *Ibidem*, p. 476.

[60] *Ibidem*, p. 483.

di proprietà e libertà condotta sul piano filosofico, già appannaggio dei suoi predecessori, da Minghetti a Messedaglia, da Boccardo a Lampertico, i quali si erano spinti, per difenderle, sul terreno del giusnaturalismo, sull'originaria proprietà collettiva, su usi e costumi dei popoli, sul diritto naturale delle genti. Egli abbandonava questo terreno e spingeva la discussione sul piano dell'indispensabilità del mercato dimostrata dalla funzione matematica dell'equilibrio economico generale. «La discussione – diceva – portata su questo terreno, esce completamente dal campo dell'utopia e della metafisica, per mettersi su quello della realtà e della scienza», dove andavano costruiti i concetti di libertà e proprietà[61].

Al cospetto delle sue argomentazioni Pareto sosteneva la contraddittorietà logica dei socialisti della cattedra da un lato, e le basi non razionali ma sentimentali dei marxisti dall'altro; entrambi secondo lui si ponevano fuori del contesto scientifico. Infatti, per quanto riguardava i socialisti della cattedra:

«Il socialismo di stato crede che l'intervento governativo, spinto molto più in là di quel che vogliono i liberali, ma molto meno di quel che chiedono i collettivisti, può accrescere il benessere umano. Questa è un'opinione perfettamente sostenibile, che non presenta nulla di assurdo. Solo, è evidente che non si può giudicare della fondatezza di tale opinione, se non a mezzo della scienza che studia i rapporti dei fatti economici, ossia dell'economia politica. Ora la maggior parte dei socialisti della cattedra o di stato sono arrivati a negare fin l'esistenza di questa scienza. Ma allora se i fatti economici non presentano uniformità, non sono soggetti a leggi, voi non le conoscete, come potete prevedere gli effetti dell'intervento del governo, che reclamate? E se voi li ignorate, come potete proclamarli benefici?»[62].

D'altra parte secondo Pareto l'economia marxista, nonostante l'apparente razionalità, si fondava sul sentimento, sul vago sentimento di uguaglianza tra gli uomini, vera base del

[61] *Ibidem*, p. 484.

[62] *Ibidem*, pp. 515-516.

socialismo, e per questo avrebbe avuto successo nel secolo XX. «Sullo sfondo in cui domina il sentimento, si profilano ragionamenti rigorosi e sottili sofismi»[63].

L'analisi di Pareto considerava il socialismo fondato sul sentimento, di impossibile realizzazione, ma non per questo destinato al fallimento, perché radicato nei pregiudizi dell'animo umano.

Nella stessa direzione si muoveva l'importantissimo saggio di Enrico Barone, *Il ministro della produzione nello stato collettivista*, del 1908, dove la difesa della proprietà e della libertà era portata all'estremo rigore matematico con la dimostrazione della possibilità teorica di organizzare un'economia socialista. Esiste, sostiene Barone, la possibilità teorica dimostrabile con le funzioni dell'equilibrio generale, di organizzare una economia pianificata, e dimostrava analiticamente questa sua asserzione. Aggiungeva però che in ogni caso i risultati così perseguiti con grandissimo dispendio di risorse, sarebbero stati al massimo uguali, e solo in linea teorica, quindi nei fatti, ottimizzando i risultati, certamente inferiori a quelli spontaneamente ottenuti lasciando intatte libertà e proprietà a presidio del mercato[64].

I concetti di libertà e proprietà erano così dagli economisti splendidamente difesi non secondo definizioni naturali ma funzionali, attraverso il paradosso di Pareto e Barone secondo i quali la loro abolizione non era impossibile o innaturale, ma inutile.

[63] *Ibidem*, p. 734.

[64] E. BARONE, *Il ministro della produzione nello stato collettivista*, in «Giornale degli economisti», serie II, XXXVII, 1908, pp. 267-293.

Il problema della cittadinanza. Note in margine ad un recente dibattito

di *Pietro Costa*

I.

Il punto di avvio della mia comunicazione è un dato per tutti evidente: la cittadinanza sta tornando ad essere una parola-chiave del lessico filosofico-politico odierno, in Italia come in Francia o in Inghilterra. L'occasione della recente fortuna di questo concetto è stata offerta da uno scritto del sociologo inglese Marshall, che in una lezione commemorativa dell'economista suo omonimo, ritiene di dover raccogliere, da alcune riflessioni *extravagantes* di quest'ultimo, un suggerimento importante ed attuale: la combinazione del concetto di piena appartenenza ad una comunità con una qualche forma di eguaglianza che da questa appartenenza discenda. È questa 'piena appartenenza ad una comunità' che il sociologo suggerisce di denominare 'cittadinanza'. Solo che, egli aggiunge, la cittadinanza, oggi, «si è arricchita di nuova sostanza ed è stata investita di un formidabile apparato di diritti»[1]. È guardando ai diritti di cui la cittadinanza si compone che il nostro autore propone la consueta tripartizione (diritti civili, politici, sociali), ma l'aspetto più interessante delle pagine marshalliane è un tentativo di una vera e propria ri-definizione di cittadinanza: nella cittadinanza si congiungono l'appartenenza ad una comunità, direi la condivisione di una forma di vita storicamente determinata, e la titolarità di una serie, variabile e aperta, di diritti. È questa idea di cittadinanza che Marshall ritiene di raccogliere direttamente dalla storia europea degli ultimi secoli ed è grazie a questa idea di cittadinanza che egli tenta una comprensione

[1] T.H. MARSHALL, *Cittadinanza e classe sociale*, Torino 1976, p. 7.

della vicenda storico-sociale moderna e contemporanea. Si assiste così ad un gioco combinato di passato e presente, di storiografia e di sociologia, di implicazioni giuridiche ed etico-politiche che rende indubbiamente suggestive le pagine dell'autore inglese e ne spiega il singolare successo.

Nel breve spazio della mia comunicazione vorrei esplicitare alcuni dei problemi che nascono dall'incontro, intorno a 'cittadinanza', di svariate dimensioni disciplinari – fra queste in primo luogo la storiografia. Dovrò ovviamente limitarmi ad un semplice elenco, all'esposizione del sommario di un'ipotetica, futura ricerca.

II.

Il primo e più esplicito nesso disciplinare è quello fra sociologia e storiografia. La 'scommessa' che ne consegue, la provocazione più interessante per gli storici, è l'idea che si possa riportare ad un concetto-guida, la cittadinanza, appunto, una enorme varietà di azioni, personaggi, vicende, costituzioni, rivoluzioni e quant'altro, che si possa insomma, grazie a cittadinanza, riportare la molteplicità all'unità. Al concetto di cittadinanza insomma si attribuisce la capacità di cogliere la principale direzione di senso di un processo storico che dalle disuguaglianze cetuali delle società di antico regime conduce all'uguaglianza giuridica e alle spinte egualitarie delle odierne democrazie.

È questa la suggestione marshalliana che da vari anni agisce sul terreno della sociologia politica, dove ricerche, anche molto diverse nei risultati, condividono il medesimo atteggiamento metodico: la cittadinanza non è tanto l'oggetto, quanto lo s t r u m e n t o della ricerca[2]. Cittadinanza è dunque, ancora, appartenenza e diritti, ma ciò che conta

[2] Cfr. ad es. D. HELD, *Political Theory and the Modern State*, Stanford 1989; J.M. BARBALET, *Cittadinanza. Diritti, conflitto e disuguaglianza sociale*, a cura e con introduzione di D. ZOLO, Padova 1992; G. ZINCONE, *Da sudditi a cittadini. Le vie dello stato e le vie della società civile*, Bologna 1992.

non è la consistenza storico-teorica della nozione come tale, ma la sua efficacia operativa nel mettere a fuoco un processo storico-sociale. Il ruolo del concetto di cittadinanza in questa prospettiva sta nel 'taglio' particolare che esso può imprimere alla ricerca: inducendo a spostare l'attenzione dalle istituzioni di vertice, dalle strutture statuali, dal 'centro' del sistema politico, alla 'periferia', ai singoli, alle modalità della loro 'iscrizione' nel sistema politico. L''effetto Marshall' sulla recente letteratura storico-sociologica è consistito appunto nel suggerire un diverso punto di lettura di una complessa dinamica socio-politica: quali siano, entro quella dinamica, le modalità e la 'qualità' della vita del singolo, misurate alla stregua di alcuni indici principali: il grado di appartenenza (e\o di partecipazione) del singolo, la qualità, la quantità, soprattutto l'effettività dei suoi 'diritti'.

In questa prospettiva, dunque, la cittadinanza 'funziona', come strumento metalinguistico di ricerca: se cittadinanza è appartenenza e diritti, allora la ricerca in tema si occupa del rapporto fra il singolo (i diritti, le aspettative, le pretese, le condizioni di vita giuridicamente – ed effettivamente – protette del singolo) e le istituzioni pubbliche, nell'Europa degli ultimi due secoli.

Esiste però una serie di prospettive disciplinari e attitudini tematiche che rovesciano i termini del problema: esse lavorano non *attraverso*, ma *intorno* a 'cittadinanza' e tentano di capire non *che cosa si fa* con 'cittadinanza', ma *che cosa è* (è stata, può essere) 'cittadinanza'. 'Cittadinanza' viene ora problematizzata direttamente come tale: è l'insieme dei suoi significati storicamente consolidati che costituisce l'oggetto diretto dell'analisi.

Torna di nuovo, in primo piano, la storiografia: ma una storiografia interessata alla *semantica* di cittadinanza, a cittadinanza come veicolo di significati e strumento di comunicazione socio-politica. Manteniamo in piedi l'idea marshalliana: cittadinanza è appartenenza e diritti. Allora la domanda è: quando e come appartenenza e diritti si sono venuti combinando insieme nello spazio semantico di cittadinanza? Dovrò essere, ripeto, sommario e selettivo nella

indicazione dei problemi che una storia semantica di cittadinanza si trova di fronte.

Il primo problema: le 'origini'. Occorre decidere (convenzionalisticamente) un punto di (relativa) discontinuità a partire dal quale dare inizio alla narrazione.

Ora, nel nostro caso potremmo facilmente trovarci sbalzati fra due estremi. Da un lato, l'idea di cittadinanza ci riporta al mondo antico e alle celebri definizioni aristoteliche contenute nel terzo libro della *Politica*[3]; dall'altro lato, è difficile non riconoscere con Habermas che «solo di recente» il concetto di cittadinanza «viene allargato nel senso di designare uno 'status di cittadino' definito da diritti civili»[4]. Possiamo immaginare una *Begriffsgeschichte* di 'cittadinanza' che si distende fra gli estremi ora indicati, fra il mondo antico e l'odierna costituzionalistica? La risposta dipende dall'immagine di storiografia volta a volta condivisa. Chi prediliga la 'storia semantica di un'idea' di spitzeriana memoria sceglierà la prima soluzione. Chi vorrà valorizzare il carattere 'contestuale' e condizionato delle diverse produzioni discorsive tenderà a sottolineare quei momenti di forte discontinuità che rompono l'apparente unità della vicenda narrata.

In questa seconda prospettiva, quali sono i punti di riferimento che, con molta approssimazione, possono permetterci di segnare gli snodi, le fasi di sviluppo, della nostra vicenda?

Il primo utile contrassegno può essere forse costituito dall'emergere, pur nel quadro di una perdurante organizzazio-

[3] Si porrebbe a questo proposito il problema, che in questa sede non può essere affrontato, della tenuta e delle caratteristiche della tradizione dell'aristotelismo politico. In questa prospettiva apparirebbero di particolare interesse i contributi di D. Sternberger, sul quale cfr. G. DUSO, *La morsa del potere e la nostalgia per il 'vero cittadino'*, in «Filosofia politica», VI, 1992, pp. 121-131.

[4] J. HABERMAS, *Cittadinanza politica e identità nazionale. Riflessioni sul futuro dell'Europa*, in L. CEPPA (ed), *Morale, Diritto, Politica*, Torino 1992, p. 112.

ne cetuale della società, di quella forma di organizzazione del potere che chiamiamo Stato, lo Stato moderno nella sua forma assolutistica. Si tratta però di una delimitazione di massima, che non chiude, ma apre i problemi. Cittadinanza come appartenenza e come diritti, dicevamo. Ma quale appartenenza e quali diritti? E quindi: appartenenza e diritti di chi, di quale soggetto?

Non appena riferiamo la nozione marshallianamente semplice ed univoca di cittadinanza alla società di antico regime, troviamo forse, per essa, una sua remota origine, ma la costringiamo anche ad una notevole complicazione e frantumazione.

Appartenenza. Certo, il soggetto della società *ancien régime* si muove nella cornice di una sovranità che fa i suoi bravi sforzi per divenire modernamente accentrata; ma è nello stesso tempo un soggetto che sperimenta quotidiani e non meno forti legami di appartenenza al ceto, alla città. Valga come esempio l'uso di *Bürger* nell'*Allgemeines Landrecht* prussiano, definito volta a volta, come ci dice Schneider[5], dall'appartenenza al ceto, dalla collocazione nella città, dalla soggezione al sovrano.

Fino a che ci muoviamo entro tradizioni testuali ancora fortemente impressionate dall'organizzazione cetuale della società, sia l'appartenenza che i diritti si frantumano in una molteplicità di legami e di posizioni che costituiscono solo un precedente remoto della nozione moderna di cittadinanza. E valga una riprova: l'idea di cittadino, nella Francia del Seicento e del primo Settecento, non esclude, come potrebbe sembrare ovvio, l'idea di suddito. Lo stesso soggetto è, insieme, suddito e cittadino, a seconda che della sua posizione si voglia sottolineare il momento della soggezione al sovrano o piuttosto il momento dell'azione liberamente svolta in funzione del pubblico bene. Ecco perché, come ha ricor-

[5] H.-P. SCHNEIDER, *Der Bürger zwischen Stadt und Staat im 19. Jahrhundert*, in *Res publica. Bürgerschaft in Stadt und Staat* (Beiheft 8 zu «Der Staat»), Berlin 1988, pp. 161-178.

dato Stolleis[6], il passaggio dall'una all'altra nozione non è affatto semplice e lineare.

Che cosa interviene allora, prima sullo sfondo e poi allo scoperto, a interrompere la continuità e a complicare il quadro della cultura politico-giuridica delle società di antico regime? Credo che la risposta vada cercata nel diffondersi del lessico teorico del giusnaturalismo: la mia impressione è che con l'emergere della soggettività giusnaturalistica ci si trovi di fronte al vero e proprio punto di origine, alla vera e propria *arché* dell'idea moderna di cittadinanza. Non si tratta però di un cominciamento 'assoluto', ma semmai di una sorta di appropriazione-rilettura del passato alla luce di una prospettiva radicalmente nuova.

Non è possibile, in questa sede, non dico seguire, ma nemmeno indicare i numerosissimi itinerari che la rappresentazione giusnaturalistica del soggetto intraprende nel suo progressivo divenire una sorta di 'lingua franca' filosofico-giuridica nell'Europa del Sei-Settecento[7]. Basti raccogliere in uno schema sommariamente indicativo alcuni dei profili che interessano direttamente la vicenda semantica di 'cittadino'.

a. Delineare una nuova immagine di uomo attraverso la declinazione di 'natura' e dei suoi derivati è un'impresa impegnativa e complessa, che assume volta a volta significati notevolmente diversificati, ma produce comunque un effetto retorico di grande portata: quello di attribuire al discorso il carattere della indiscutibile evidenza, la capacità di individuare, al di là delle ingannevoli apparenze, i caratteri essenziali-profondi dei fenomeni. L'uomo 'in stato di natura' non è ciò che l'uomo era (prima dello stato civile) e poi cessa di

[6] Cfr. M. STOLLEIS, *Untertan - Bürger - Staatsbürger. Bemerkungen zur juristischen Terminologie im späten 18. Jahrhundert*, in R. VIERHAUS (ed), *Bürger und Bürgerlichkeit im Zeitalter der Aufklärung* (Wolfenbüttel Studien zur Aufklärung), Heidelberg 1981, pp. 65-99.

[7] Per una lettura critica del nesso fra 'diritti del soggetto' e giusnaturalismo moderno cfr. M. VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, Paris 1983; B. BARRET-KRIEGEL, *Les droits de l'homme et le droit naturel*, Paris 1989.

essere. Ciò che è 'in origine' diviene, metaforicamente, ciò che è per essenza, per intima struttura: l'origine trascolora in fondamento.

b. Se origine e fondamento, l'uomo 'naturale' è la misura e la destinazione di ogni intervento (crono-logicamente) successivo e dipendente: si delinea quella rappresentazione dualistica del politico, che troverà la sua più compiuta formulazione teorica nella coppia hegeliana Stato-società civile[8].

c. L'uomo 'naturale' è un soggetto che, definito essenzialmente dall'insieme dei suoi bisogni, è comunque in grado di organizzarne razionalmente la soddisfazione.

d. L'uomo 'naturale', come razionale soggetto-di-bisogni, si connota ulteriormente grazie a due coordinate essenziali: la libertà, la proprietà (del corpo, delle azioni, delle cose).

e. L'uomo 'naturale', razionalmente e liberamente appropriativo, e come tale (almeno in ultima istanza) socialmente benefico, inventa (fonda, legittima) il sovrano e la sua legge come rafforzamento ultimo e potestativamente efficace di un ordine sociale, che si dà comunque (in quanto 'naturale') prima e indipendentemente da esso[9].

Ora, queste 'degnità', rapsodicamente ricordate, non si attagliano, tutte e nessuna esclusa, al giusnaturalismo moderno in tutta la sua estensione: se le caratteristiche menzionate in a., b., c. possono forse aspirare ad un buon livello di generalità, le proposizioni in d. ed e. valgono specificamente per il 'caso' Locke. Devo giustificare subito perché le ho indicate di seguito e senz'altro avviso: perché la mia impressione è che, per il nostro problema, Locke abbia un'importanza particolare.

[8] Cfr. sul problema N. BOBBIO, *Sulla nozione di società civile*, in «De Homine», 24-25, 1968, pp. 19 ss.; M. BOVERO, *Il modello hegelo-marxiano*, in N. BOBBIO-M. BOVERO, *Società e Stato nella filosofia politica moderna*, Milano 1979, pp. 140 ss.

[9] Cfr. più diffusamente al proposito P. COSTA, *Il progetto giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*, I: *Da Hobbes a Bentham*, Milano 1974.

Non vorrei essere frainteso. È in realtà da un fittissimo intreccio di voci (si badi bene: non solo dei grandi intellettuali, ma anche dei piccoli e minimi che collaborano tutti insieme a creare un patrimonio comune di immagini, schemi argomentativi, valori) che la rappresentazione del soggetto, quindi il campo semantico uomo-cittadino prende a poco a poco una forma nuova. Se però vogliamo trovare un qualche principio di ordinamento e semplificazione della vicenda, credo che Locke goda di una posizione affatto peculiare. Si guardi al Settecento inglese e scozzese, si guardi alle colonie americane, si pensi alla fisiocrazia, si leggano le tante voci (direttamente o indirettamente) lockiane dell'*Enciclopedia*: ci troveremo di fronte a continue variazioni su temi i cui termini costitutivi (non necessariamente tutte le conclusioni) appaiono indiscutibilmente lockiani.

Mi si passi per buona questa osservazione e se ne traggano alcune conseguenze a proposito del campo semantico che ci interessa.

a. Definire la posizione politico-giuridica del soggetto implica ormai l'uso sistematico della coppia cittadino-uomo. Non importa ovviamente che il secondo termine agisca *in praesentia* o *in absentia*: esso comunque collabora necessariamente alla produzione di significato del primo. Se 'uomo' ha a che fare con la 'natura', l'essenza, il fondamento, 'cittadino' dovrà stabilire un rapporto di dipendente collaborazione: 'uomo' implica necessariamente 'cittadino'. In concreto, quindi: il tipo di rapporto fra il soggetto e il sovrano a cui 'cittadino' si riferisce dovrà in qualche modo porsi come congruente con quelle che sono le regole del gioco dettate da 'uomo'.

b. La prima regola del gioco sarà allora l'affermazione di un nesso, assai più energico che nel passato, fra 'cittadino' e 'proprietario'. Non dico che le modalità del nesso siano comunque identiche e nemmeno che il nesso sia dovunque e sempre obbligato. Il rapporto però ormai esiste, appartiene ad un preciso orizzonte culturale, pur nella grande varietà degli apporti individuali. Possiamo dire, scherzosamente, che l'intellettuale medio, nell'Europa dei Lumi, non poteva non dirsi lockiano?

c. Un altro effetto significativo sarà la progressiva accentuazione, comunque già in atto attraverso molteplici strade, della componente 'libertà' entro il campo semantico di 'cittadino'. Il carattere di autonoma obbedienza al sovrano, che caratterizzava il cittadino (per intendersi) pre-lockiano, acquista, nel diffondersi della sensibilità illuministica, una crescente importanza: è il momento dell'autonomia, della libera decisione dell'uomo ('naturale') che trattiene, pur trasformandola, qualcosa della sua originaria (fondante) libertà nel rapporto ('civile') con il sovrano e con le sue leggi. Come scriverà D'Holbach: «en obéissant à des lois qu'il approuve, le sujet peut se dire citoyen...»[10].

d. Infine: se l'uomo ('naturale'), in quanto soggetto razionale, opera, attraverso la benefica forma proprietaria della soddisfazione dei bisogni individuali, a vantaggio dell'intera società, il cittadino continuerà, sul terreno del rapporto con le istituzioni 'civili', la stessa opera di illuminata *bienfaisance*. È in questo utile operare per la società che 'uomo' e 'cittadino' appaiono ormai strettamente collegati.

In questa veste, cittadino si avvia a divenire una parola-chiave della pubblicistica del maturo Settecento, si connette alle tante, nuove parole d'ordine della diffusa mentalità innovatrice e riformatrice, si incontra con 'patrie', 'patriotisme', 'vertu', così come, da un altro punto di vista, con 'commerce', 'industrie', 'prosperité', 'richesse', 'nation'[11]. Sullo sfondo del trionfante giusnaturalismo, l'espressione 'cittadino' va incontro dunque ad un crescente successo, funzionando grazie ad un dispositivo semantico (il gioco combinato con 'uomo') largamente tributario di quel 'lockismo allo stato diffuso' al quale prima accennavo.

Per incontrare una prima, brusca interruzione del concerto di voci 'lockianamente' intonate grazie al quale si era svilup-

[10] D'HOLBACH, *Politique naturelle* (citato in P. RÉTAT, *Citoyen-Sujet, civisme*, in *Handbuch politisch-sozialer Grundbegriffe in Frankreich 1680-1820*, Heft 9, a cura di R. REICHHARDT-E. SCHMITT, München 1988, pp. 86-87).

[11] Cfr. P. RÉTAT, *Citoyen-Sujet, civisme*, cit., pp. 84-85.

pato il campo semantico 'cittadino' occorre riferirsi all'intervento, originale, eterodosso, di alcuni celebri testi rousseauviani.

Ciò che caratterizzava il campo semantico 'cittadino' entro un quadro di riferimento (per brevità) 'lockiano' era la stretta connessione che si veniva a stabilire fra 'cittadino' e 'uomo'. Il rapporto con il sovrano, la sovranità, la legge era preparato, era implicato dal gioco 'uomo-cittadino', ma non faceva parte direttamente del suo dispositivo. 'Cittadino-uomo' si rapportava certo a 'sovrano', ma funzionava come tale, prima di qualsiasi connessione strutturale con quest'ultimo: indicava la posizione socio-politica del soggetto connotandola come 'proprietaria' e 'libera', suggeriva quindi le linee di un atteggiamento politicamente inequivoco, ma non trasformava 'sovrano' in una delle proprie condizioni di senso.

Si leggano invece alcune celebri pagine del *Contratto sociale*. Di primo acchito, potremmo sentirci riportati all'indietro, quando cittadino e suddito si scambiavano le parti connotando aspetti diversi, ma connessi, della posizione del soggetto di fronte al sovrano: i soggetti, per Rousseau, sono, insieme, sudditi e cittadini; solo che «sudditi» sono «in quanto soggetti alle leggi dello stato», «cittadini» «in quanto partecipano dell'autorità sovrana»[12]. Il campo semantico di 'cittadino' è mutato essenzialmente perché include ormai, come propria parte integrante, la sovranità. 'Sovrano' non è qualcosa che 'sta di fronte' a 'cittadino': 'cittadino' e 'sovrano' si definiscono attraverso un nesso di reciproca inerenza.

Il sovrano è «un corpo morale e collettivo», prodotto da «un atto di associazione», «composto di tanti membri quanti sono i voti dell'assemblea, che trae dal medesimo atto la sua unità, il suo *io* comune, la sua vita e la sua volontà»[13]. Per il sovrano, come «corpo del popolo», non può valere alcuna

[12] J.-J. ROUSSEAU, *Il Contratto sociale o principi del diritto politico*, in *Scritti politici*, II, Bari 1971, p. 94. Sul rapporto Bodin-Rousseau cfr. D. QUAGLIONI, *I limiti della sovranità*, Padova 1992, pp. 277-294.

[13] J.-J. ROUSSEAU, *Il Contratto sociale*, cit., p. 94.

legge fondamentale. Formato, come è, «solo dei privati che lo compongono», «non ha né può avere interessi contrari ai loro, e quindi il potere sovrano non ha nessun bisogno di garanzie verso i sudditi», perché, per definizione essendo esso stesso i sudditi, non può nuocere né a tutti i membri né ad alcuno in particolare. «Il Sovrano, per il solo fatto di essere, è sempre tutto ciò che deve essere»[14].

Certo, non bastano queste parole, nella loro perentoria chiarezza, a fondare l'immagine del Rousseau 'totalitario' di Talmon o della Arendt[15]. Spero però che siano sufficienti a persuadere il lettore del rovesciamento dell'equilibrio sino ad allora prevalente nel campo semantico di 'cittadino': al gioco combinato 'cittadino-uomo' si veniva sostituendo l'interazione 'cittadino-sovrano'. Se insomma il cittadino di ispirazione 'lockiana' si definiva 'gettando fuori' da sé la sovranità, che ne co-determinava il significato solo come termine di una relazione che aveva all'altro capo il 'cittadino-uomo', il 'cittadino' rousseauviano espelleva, puntualmente, 'uomo' e includeva come propria componente interna la sovranità. Era ora il mondo ('lockiano') del soggetto, il mondo dei bisogni, della soddisfazione, dell'utilità, della libera appropriazione, che entrava, 'dall'esterno', in una difficile relazione con una cittadinanza che si poneva essenzialmente come momento o articolazione della sovranità.

III.

Di fronte ad una situazione già complessa e tematicamente ricchissima, l'emergenza rivoluzionaria, in Francia, agisce come uno straordinario elemento di catalizzazione, di radicalizzazione dei contrasti, ma anche di risoluzione di ambi-

[14] *Ibidem*, cit., p. 96.

[15] Cfr. J.L. TALMON, *Le origini della democrazia totalitaria*, Bologna 1957; H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, Milano 1967. Su Hannah Arendt cfr. M. CANOVAN, *Hannah Arendt: a Reinterpretation of her Political Thought*, Cambridge 1992.

guità, di esplicitazione di posizioni che la stessa dinamica degli avvenimenti imponeva. La rivoluzione (i suoi protagonisti, le azioni, i dibattiti, i conflitti) agiscono insomma come un polo magnetico che attrae a sé l'enorme mole di materiali vari e contraddittori accumulatisi nel corso di un secolo, imprime ad essi, nel vivo del conflitto, una torsione particolare e li ripropone infine in una forma che li rende, insieme, riconoscibili e diversi.

Dei frammenti lessicali attratti (e potenziati) dal vortice rivoluzionario, la costellazione riunita intorno a cittadinanza è indubbiamente una delle principali. Se già nel maturo Settecento era stato registrato l'avvio di un processo di trasformazione di 'cittadino' in parola-chiave del lessico politico-giuridico, negli anni della rivoluzione il ruolo dell'espressione è tale da rompere decisamente gli argini della pubblicistica 'colta' per divenire uno dei simboli centrali della comunicazione sociale.

Di una vicenda così complessa sarà possibile, in questa sede, richiamare solo alcuni dei problemi e dei profili essenziali che la recente storiografia ha individuato lavorando su un materiale imponente (per quantità e qualità), che comprende i 'grandi testi' dei filosofi così come la libellistica d'occasione, i dibattiti assembleari, i periodici, l'iconografia[16].

a. Trattando di cittadino e cittadinanza, il testo canonico è ovviamente la Dichiarazione del 1789, che si appella, fin dal nome, appunto ai diritti dell'uomo e del cittadino. La chiarezza del dettato non tragga però in inganno sulla semplicità della lettura. Leggere il testo (ogni testo, ma in particolare

[16] Cfr. ad es. S.-J. SAMWER, *Die französische Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789/91*, Hamburg 1970; L. RICHER, *Les droits de l'homme et du citoyen*, Paris 1982; P. DELVAUX, *Analyse lexicale des débats de la Constituante sur la déclaration des droits de l'homme*, in «Droits. Revue française de théorie juridique», II, 1985, pp. 23 ss.; J. MORANGE, *La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (26 août 1789)*, Paris 1988; S. RIALS, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris 1988; S. RIALS, *La déclaration de 1789*, in «Droits. Revue française de théorie juridique», VIII, 1988; M. GAUCHET, *La Révolution des droits de l'homme*, Paris 1989; L. JAUME, *Les Déclarations des droits de l'homme (Du Débat 1789-1793 au Préambule de 1946)*, Paris 1989.

questo testo) non è un'operazione semplice e l'univocità e coerenza della Dichiarazione sono solo il risultato conclusivo di un lungo e contradditorio processo: il testo del 1789 non è l'istantanea creazione di un mitico legislatore, ma il prodotto di un dibattito assembleare ricco e variegato, che a sua volta eredita e 'attiva' posizioni intellettuali e politiche maturate in un arco temporale e spaziale notevolmente ampio. Da quest'ultimo punto di vista, il problema è stato ampiamente discusso dalla storiografia, che in particolare si è soffermata sull'influsso, da un lato, delle Carte dei diritti americane, dall'altro lato, della filosofia illuministica[17], sulla Dichiarazione dei diritti e sulle Costituzioni francesi.

Per quanto riguarda il nostro problema, si ha comunque l'impressione che i testi della Dichiarazione e dei dibattiti assembleari continuino a giocare la loro partita attraverso quelle espressioni che ormai ci sono familiari (sovranità, nazione, legge, cittadino, uomo, diritti) e che sono imputabili non tanto all'uno o all'altro autore o ad uno specifico precedente normativo quanto al diffondersi, attraverso i più diversi canali, di un comune atteggiamento e del suo corrispondente patrimonio lessicale.

Ora, che tipo di relazione viene a costituirsi, nei 'grandi testi' della rivoluzione, fra i lemmi che compongono il campo semantico di cittadinanza? Mi sembra che, pur nella varietà, anche stridente, delle voci, la scelta prevalente cada su 'sovranità-nazione' come sul centro della costellazione semantica che ci interessa. 'Nazione', in particolare, è una delle parole-chiave che, usata con crescente successo nella seconda metà del Settecento dalla pubblicistica corrente[18],

[17] Valga, come esempio del primo problema, la 'classica' (e datata) polemica Jellinek-Boutmy e, come esempio del secondo, D. MORNET, *Les origines intellectuels de la révolution française (1715-1787)*, Paris 1954[5].

[18] Cfr. E. FEHRENBACH, *Nation*, in *Handbuch politisch-sozialer Grundbegriffe in Frankreich 1689-1820*, VII, München 1986, pp. 75-107. Cfr. anche M. BARBERIS, *Quel che resta dell'universale. L'idea di nazione da Rousseau a Renan*, in «Filosofia politica», VII, 1993, pp. 5 ss.; S. CHIGNOLA, *Quicquid est in territorio est de territorio. Nota sul rapporto tra comunità etnica e Stato-nazione*, in «Filosofia politica», VII, 1993, pp. 29 ss.

raggiunge, nelle pagine di Sieyès[19], la sua definitiva consacrazione rivoluzionaria. Il ruolo del Terzo Stato, la lotta al privilegio nobiliare, l'origine pattizia del potere, il meccanismo rappresentativo, trovano nella nazione, nella nazione sovrana, il loro ricettacolo teorico-politico. Nazione, sovranità, legge divengono il punto di equilibrio delle nuove proposte costituzionali: la cittadinanza, i diritti emergono certo in piena luce, fino nel titolo della Dichiarazione, ma dipendono (*quoad existentiam*, se non *quoad essentiam*), dal ruolo centrale della nazione sovrana e della legge che da essa proviene.

Dobbiamo concludere allora con la vittoria del campo semantico 'rousseauviano' e con la sconfitta del 'lockismo diffuso' che tanta parte aveva avuto, anche in Francia, prima dell'emergenza rivoluzionaria? La risposta non può essere perentoria, perché il campo semantico di 'cittadino' è più complesso di quanto una lettura troppo unilateralmente 'rousseauviana' dei testi rivoluzionari potrebbe far supporre. È vero infatti che esso dipende, per un verso, da 'nazione' e 'sovranità': si è cittadini in quanto si appartiene a quella nazione che è l'unica detentrice pensabile della sovranità; e ancora: si è cittadini in quanto si dispone di diritti, l'esercizio dei quali dipende strettamente dalla legge (dalla nazione, dalla sovranità). È vero però anche che si dispone, come cittadini, di diritti il cui fondamento ha un carattere «naturale», «inalienabile», «sacro» e rinvia alle caratteristiche di quell'uomo 'naturale' sul quale da più di un secolo il giusnaturalismo si diffondeva. Il campo semantico di 'cittadino', insomma, sembra collocarsi in una posizione centrale, intermedia fra i suoi ricorrenti estremi: né nazione-sovranità, per un verso, né uomo, per un altro verso, si rapportano ad esso come poli 'esterni', ma entrambi concorrono dall'interno, come parti di un campo semantico unitario, alla sua produzione di senso.

[19] Cfr. in questo senso E.-J. SIEYÈS, *Che cos'è il Terzo Stato*, in *Saggio sui privilegi. Che cos'è il Terzo Stato*, Roma 1972, pp. 47 ss. Su Sieyès cfr. J.D. BREDIN, *Sieyès: la clé de la Révolution française*, Paris 1988.

b. Il singolo individuo e il sovrano si dispongono, per così dire, su una linea continua incontrandosi in quel punto mediano che è appunto la cittadinanza, entro il cui campo semantico si affollano lasciti giusnaturalistici e novità 'legicentriche'. È proprio questo il nucleo concettuale che permette di cogliere le strade radicalmente diverse che il costituzionalismo francese ed il costituzionalismo americano imboccano, pur avendo condiviso non poche e non trascurabili ascendenze[20]. I diritti del soggetto, che in Francia passano attraverso la necessaria, e necessariamente illuminata, azione realizzativa del sovrano e della sua legge, negli Stati americani (non senza conflitti e vicende alterne) finiscono per funzionare come una serie di limiti comunque opponibili al legislatore. Nel momento in cui la rivoluzione francese puntava alla connessione necessaria, intorno alla nazione sovrana, di appartenenza e diritti (e instaurava quella connessione come contenuto proprio della cittadinanza), il costituzionalismo americano si adoperava per svincolare la titolarità dei diritti da un rilevante nesso con la sovranità. Se mi si concede, per brevità, una formula riassuntiva: i diritti divengono, negli Stati americani, non tanto espressione di appartenenza, quanto strumento di resistenza.

c. Ammettiamo dunque che 'cittadino' sia co-determinato da 'uomo' e da 'nazione-sovranità': ecco aperto un importante varco perché non pochi dei contenuti di tanto settecentesco 'lockismo diffuso' raggiungano il cuore della cittadinanza rivoluzionaria. E il 'lockismo' include almeno due profili: la rilevanza antropologica del rapporto di appropriazione-proprietà, l'effetto che tutto ciò non può non avere sul terreno politico-costituzionale della partecipazione al governo della *respublica*. Accennavo a Sieyès, al suo importante contributo alla determinazione e al successo dell'idea

[20] Cfr. ad es. T. BONAZZI, Introduzione a *La Costituzione statunitense e il suo significato odierno*, a cura di T. BONAZZI, Bologna 1988, pp. 7 ss.; N. MATTEUCCI, *La Costituzione statunitense e il moderno costituzionalismo*, in *La Costituzione statunitense e il suo significato odierno*, cit., pp. 29 ss.; J.J. BARLOW-L.W. LEVY-K. MASUGI (edd), *The American Founding. Essays on the Formation of the Constitution*, New York-Westport-London 1988.

di nazione, al suo ruolo di grande rilievo nei dibattiti dell'Assemblea. Ora, Sieyès è un lettore attento di Locke e condivide con il 'lockismo diffuso' l'assegnazione di un ruolo (anche) politicamente rilevante alla proprietà. E allora: se è vero che la cittadinanza dipende dalla legge della nazione sovrana, è anche vero che essa è condizionata, dal basso, dai bisogni e dalle utilità 'naturali' dell'uomo, fra cui, per l'appunto, la proprietà. Ed ecco la conseguenza: per Sieyès, tutti sono cittadini, ma non tutti i cittadini sono uguali, o, per meglio dire, non tutti i cittadini sono uguali da ogni punto di vista: e sarà, fra l'altro, la proprietà a servire come elemento di distinzione fra i cittadini 'attivi', come si esprime Sieyès introducendo una fortunata quanto discussa espressione, e cittadini 'passivi', fra una classe di cittadini governanti e una classe di cittadini governati.

d. Centralità della legge come espressione della nazione sovrana; ruolo antropologico e costituzionale di proprietà; diritti dell'uomo 'naturale': si stringano questi sparsi, e certo non inediti, elementi nell'unità del testo rivoluzionario e assisteremo, a mio avviso, non ad un improvvido tentativo di quadratura del circolo, ma alla affermazione di una pregnante immagine di cittadinanza. È una cittadinanza che si definisce in primo luogo come appartenenza: è nel vincolo primario che lega il soggetto alla nazione che il cittadino prende ad esistere come tale. È una cittadinanza il cui contenuto viene poi a concretizzarsi in una serie di diritti, esplicitamente nominati e ricondotti, quanto al loro fondamento, alla struttura 'essenziale-profonda' dell'uomo, quanto al loro esercizio, alle prescrizioni della legge, quindi, di nuovo, alla nazione sovrana. È una cittadinanza che, nel momento in cui si sostanzia in una serie di diritti del soggetto, nel momento in cui collega 'uomo' e 'sovranità' nel *medium* 'cittadino', è costretta, per chiudere il circolo, a ipotizzare classi diverse di diritti, classi diverse di soggetti, quindi, necessariamente, tipi diversi di uguaglianza.

e. Si tocca per questa via uno dei punti caldi del dibattito (del dibattito fra i costituenti, allora, del dibattito storiografico, oggi). Nel momento in cui 'cittadino' si pone come

centro di un campo semantico equamente diviso fra 'uomo' e 'sovranità', nel momento in cui esso riceve le determinazioni congiunte dei due lemmi associati ed opposti, 'cittadino' è sottoposto ad uno sdoppiamento necessario: figura di uguaglianza nel celebrare il rapporto di appartenenza del soggetto alla nazione, esso deve necessariamente accogliere qualcosa del sistema delle disuguaglianze, costitutive, fin dalle origini, del mondo dell'uomo 'naturale'. La distinzione di Sieyès fra cittadini 'attivi' e 'passivi' non è un *escamotage* o una strumentale trappola retorica, ma una posizione profondamente motivata, direi necessitata. È una posizione sorretta da una lunga tradizione culturale che dalla capacità appropriativa-proprietaria del soggetto trae conseguenze circa la sua razionalità, autonomia, indipendenza. È una posizione che, lungi dall'essere una personale propensione di Sieyès, troverà una vasta eco nei dibattiti rivoluzionari e riceverà una chiara e conclusiva espressione nella celebre argomentazione kantiana[21]. È una posizione, soprattutto, che nasce dall'intimo della cittadinanza così come essa si era venuta strutturando nel lessico rivoluzionario.

La cittadinanza rivoluzionaria è dunque appartenenza e diritti, ma i diritti in cui essa si sostanzia non sono fra loro omogenei: da un lato, presuppongono (e realizzano) i bisogni, le potenzialità del soggetto-(uomo); dall'altro lato esprimono (e realizzano) le istanze del soggetto-(sovrano), del soggetto 'attivo', attivamente partecipe della sovranità. Diritti dell'uomo e diritti del cittadino, dunque: il titolo della Dichiarazione non potrebbe essere più esatto e pertinente; purché si intenda appieno la logica del campo semantico implicato da cittadinanza: 'cittadino', come figura di genere, copre non una sola, ma entrambi le categorie di diritti. I diritti dell'uomo sono, per così dire, risucchiati al centro del vortice 'cittadinanza': sono diritti del cittadino in quanto sono diritti dell'uomo; ma sono diritti del soggetto (di que-

[21] Cfr. E. KANT, *Sopra il detto comune: «Questo può essere giusto in teoria, ma non vale per la pratica»* (1793), in E. KANT, *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, a cura di N. BOBBIO-L. FIRPO-V. MATHIEU, Torino 1954, pp. 273 ss.

sto concreto soggetto 'in società') in quanto sono divenuti anche diritti del cittadino. 'Uomo' insomma sta ad indicare, insieme, il carattere fondamentale e universale (naturale') di una serie di diritti, che però esistono effettivamente solo in quanto assorbiti in quella dimensione 'civile' che coincide con lo spazio del soggetto-cittadino.

Cittadino 'passivo' e cittadino 'attivo'; *Schutzgenosse* e *Staatsbürger*; diritti dell'uomo-(cittadino) e quindi, in concreto, diritti del cittadino(-uomo): ecco fare la loro comparsa quelle categorie di diritti che Marshall, ereditando una risalente tradizione giuridica, chiama diritti civili e diritti politici. Intorno al campo semantico della cittadinanza rivoluzionaria, dunque, si erano resi pensabili, necessariamente distinti e necessariamente congiunti, due schemi o tipi di diritti che esprimeranno il contenuto di quelle famose 'due libertà'[22] sulle quali il dibattito non sembra a tutt'oggi esaurito.

Ovviamente, le due categorie di diritti, i due volti della cittadinanza, nel momento in cui fanno la loro comparsa nel bel mezzo di un processo rivoluzionario di straordinaria intensità, non sono educatamente enunciati, ma divengono armi di una lotta politica sempre più radicale e insieme momenti di ispirazione di carte costituzionali fra loro indubbiamente diverse. È quindi una comprensibile tentazione quella di distribuire con una qualche rigidezza, come spesso è avvenuto, le 'due libertà' fra l'Ottantanove e il Novantatré e di pensare alla categoria di quelli che si diranno i 'diritti sociali' come ad una classe, allora, solo futuribile.

Si tenga però conto della persuasiva esortazione di una recente storiografia ad attenuare la contrapposizione fra i vari momenti del processo rivoluzionario e le corrispondenti costituzioni (dal liberalismo della Dichiarazione dell'89, al radicalismo democratico della Costituzione del '93, alla Grande Paura della Costituzione del '95) quando si distolga lo sguardo dalla logica della mera lotta politica e dalla conside-

[22] Cfr. I. BERLIN, *Four Essays on Liberty*, Oxford-New York 1969.

razione dei testi costituzionali come tali e si concentri l'attenzione sull'intero dibattito assembleare, sui progetti, le proposte, le discussioni, così come sulla pubblicistica connessa. Da questo punto di vista, la radicalizzazione del processo rivoluzionario appare caratterizzata non tanto dall'invenzione estemporanea di prospettive inedite, quanto dall'affermazione, sul terreno della politica 'agita', di temi e atteggiamenti già espressi, sul piano della politica 'pensata', già fin dall'inizio del dibattito assembleare.

Sembra esistere insomma uno spazio intellettuale e discorsivo, comune a tutto il processo rivoluzionario, dove si rendono chiaramente pensabili non solo i contenuti della cittadinanza e le loro interne tensioni, ma anche la possibilità, l'opportunità di un intervento 'sociale' dello Stato, dove addirittura fa la sua comparsa, sia pure nel '93, quella coppia opposizionale 'eguaglianza formale/eguaglianza reale o sostanziale', che sarà destinata ad un così duraturo successo in tanta pubblicistica socialistica e riformatrice dell'Ottocento e del Novecento[23].

f. Non è certo comunque questo l'unico retaggio lasciato ai posteri dalla pubblicistica rivoluzionaria. Per quanto riguarda il nostro problema, esso agisce come una sorta di specchio che riflette (deforma e concentra, potenziandolo) l'intreccio semantico venuto a maturazione in tutto il Settecento europeo e nello stesso tempo lo rifrange, lo proietta verso il futuro, offrendo alle successive generazioni un gioco discorsivo già sperimentato, nelle sue enunciazioni come nelle sue aporie.

La posizione politico-giuridica del soggetto è ormai delineata con chiarezza intorno al regime dell'appartenenza (alla nazione sovrana) e dei diritti. La determinazione di questi ultimi appare però un'impresa problematica ed aperta a diverse soluzioni fin dagli esordi del dibattito rivoluzionario, quando i numerosi progetti che si affollano nel dibattito

[23] Gilbert Romme, nel 1793, interviene ad esempio per reclamare una «égalité de fait» accanto alla «égalité politique de droit» (cfr. L. JAUME, *Les Déclarations des droits de l'homme*, cit., p. 225).

assembleare includono, a dispetto della pretesa 'evidenza' e 'naturalità' dei diritti, e quindi con un qualche stupore dei costituenti, liste di diritti sensibilmente diverse.

Se è vero insomma che la cittadinanza assume come proprio contenuto i diritti, è anche vero che questi non sono fra loro omogenei, ma appaiono sdoppiati in due categorie essenzialmente distinte, che rinviano ai loro differenti fondamenti (antropologici, politici, linguistici) e danno luogo alla distinzione 'classica' fra diritti civili e politici.

Diverso, da questo punto di vista, è il caso dei diritti sociali. Certo, anche i diritti civili e i diritti sociali (quando anche questi, soprattutto nella curvatura estrema del processo rivoluzionario, fanno la loro comparsa) possono essere posti in opposizione fra di loro e questa opposizione può essere usata per sollevare la questione, se non del fondamento, certo dei limiti e dell'esercizio del diritto di proprietà. L'opposizione diritti sociali/diritto di proprietà ha però un carattere politico, non categoriale: entrambi i diritti rinviano a 'uomo', entrambi raggiungono, partendo da 'uomo', il centro del campo semantico 'cittadinanza'. Categorialmente (e talvolta – beninteso – anche politicamente) opposta (all'insieme dei diritti riconducibili a una qualche definizione di 'uomo') è piuttosto la categoria dei diritti politici: sono essi che affondano le loro radici, direttamente, nel rapporto cittadinanza-sovranità, sono essi il contenuto primario dell'appartenenza del cittadino alla sovranità della nazione[24]. Appartenenza e diritti, insomma, cooperano nell'articolare il campo semantico della cittadinanza rivoluzionaria, ma non coesistono pacificamente. Direi anzi che la modernità della cittadinanza rivoluzionaria consiste proprio nel fatto che essa, nel momento in cui inaugura il mondo dei diritti del soggetto, lo costituisce come campo di tensioni irrisolte[25].

[24] Da questo punto di vista appare convincente l'enfatizzazione del suffragio universale che Pierre Rosanvallon (*Le sacre du citoyen. Histoire du suffrage universel en France*, Paris 1992) presenta come il principale elemento di novità introdotto dalla rivoluzione francese.

[25] Cfr. le lucide osservazioni di N. BOBBIO, *Diritti dell'uomo e società* (1989), ora in *L'età dei diritti*, Torino 1990, pp. 67 ss.

Siamo dunque messi di fronte a classi di diritti che sono fra loro categorialmente diverse perché provengono da giochi diversi e scandiscono diversi momenti della cittadinanza. Nello stesso tempo, però, questi diritti gravitano, tutti congiuntamente, intorno ad un centro che costituisce, per così dire, il grado zero degli enunciati intorno a cittadinanza: il grado zero è il soggetto, l'autonomia del soggetto, l'idea della sua autodeterminazione[26] (si pensi, in questo senso, emblematicamente, a Kant). La storia della cittadinanza potrebbe divenire, da questo punto di vista, la storia di una sorta di antropologia politica della modernità, la storia di un soggetto[27] che, insieme, definisce i propri diritti e si definisce attraverso di essi.

È la presupposta identità (giusnaturalistica) del soggetto che ha guidato le danze dei significati intorno a 'cittadinanza' (e vale ovviamente il reciproco: è la forza espansiva di 'cittadinanza' che crea la figura 'moderna' del soggetto-di-diritti); è un'implicita, ma efficace immagine di soggettività che ha dettato l'una o l'altra lista di diritti, che ha suggerito ora di includere, ora di escludere, ora di allargare ora di restringere il campo, insieme, delle pretese e dei pretendenti.

Si pensi al ruolo dell'immagine filosofico-antropologica del soggetto proprietario: è il radicamento antropologico di proprietà che ha dettato, insieme, un meccanismo di inclusione (sono i cittadini-proprietari-autonomi i cittadini 'attivi') e di esclusione (è il non-proprietario, dipendente e irrazionale, il cittadino 'passivo'). Ma si tratta solo di un esempio. Si pensi ancora alla definizione del soggetto costruita sulla base dell'identità di genere (ed è allora il cittadino maschio il cittadino autonomo e quindi 'attivo'); si pensi infine all'elemento dell'età (quindi conclusivamente: è il cittadino proprietario, maschio, adulto il cittadino pienamente razionale, autono-

[26] Cfr. al proposito S. VECA, *Cittadinanza. Riflessioni filosofiche sull'idea di emancipazione*, Milano, 1990, pp. 58 ss.

[27] All'emersione del soggetto nell'ambito della problematica privatistica ha dedicato pagine interessanti P. CAPPELLINI, *Systema iuris*, I: *Genesi del sistema e nascita della «Scienza delle Pandette»*, Milano 1984, pp. 53 ss.

mo, quindi 'attivo'); si tengano presenti questi procedimenti di definizione della soggettività e ci troveremo di fronte ad importanti episodi di applicazione di una regola più generale: una regola, emersa con il giusnaturalismo illuministico e tuttora vigente, secondo la quale la definizione (i contenuti, l'attribuzione) dei diritti dipende da una soggiacente immagine della soggettività e questa immagine a sua volta si struttura secondo un meccanismo di inclusione-esclusione che sposta continuamente i propri confini per riproporli però in forme diverse sempre di nuovo.

Non è comunque solo questo il lascito della cittadinanza rivoluzionaria. Si pensi alla forte componente etica che accompagna la vicenda illuministica di cittadinanza e trova poi la sua celebrazione nelle virtù del cittadino rivoluzionario. L'appartenenza implicita nella cittadinanza non è soltanto una struttura o un fatto, ma la fonte di una obbligazione che può essere anche giuridica, ma è innanzitutto e t i c a. La cittadinanza appare così un nodo intricato dove l'affermazione dei diritti del soggetto si cumula con la logica dell'appartenenza e del comportamento orientato ai valori. Anche da questo punto di vista, l'illuminismo e la rivoluzione si pongono in diretta continuità con il presente: dove la ripresa d'interesse per la cittadinanza si svolge non solo sul terreno della sociologia politica o della storiografia, ma anche della filosofia morale.

IV.

Ho parlato sinora di alcuni aspetti di una possibile storia semantica di cittadinanza. Vorrei ora chiedermi: in che termini potrebbe porsi una storia giuridica di cittadinanza, beninteso di quella cittadinanza definita marshallianamente come appartenenza e diritti?

Mi limito a nominare alcuni problemi.

Il primo dato su cui riflettere è che i diritti dell'uomo e del cittadino, in America prima e in Francia poi, vengono ospitati in un tipo di testo che presenta se stesso come testo

c o s t i t u z i o n a l e. Si parla appunto, a questo proposito, di un processo di c o s t i t u z i o n a l i z z a z i o n e d e i d i r i t t i.

Ora, che cosa realmente si intende dire (e 'fare') nel momento in cui l'Assemblea denomina come costituzionale il testo che si accinge a varare? Quale è il sistema delle garanzie che, a tutela dei diritti del cittadino (e dell'uomo) ci si può attendere dall'inserimento di 'cittadinanza' entro l'una o l'altra carta costituzionale?

È da questo punto di vista che la recente costituzionalistica ricostruisce il passaggio dallo Stato di diritto liberale al recente Stato costituzionale; ed è da questo punto di vista che diviene estremamente istruttivo il confronto fra America e Francia, sul quale mi sembra illuminante la modellistica proposta da Fioravanti nel suo Corso[28]. Per me, in questa sede, è possibile solo richiamare l'esistenza del problema come uno dei problemi rilevanti di una storia giuridica di cittadinanza, senza entrare in merito. Posso al più comunicare una sensazione: la sensazione cioè che là dove operi un modello di Stato in cui legge e costituzione tendono a sovrapporsi, a confondersi come momenti della sovranità statuale, la storia strettamente giuridico-costituzionale è prevalentemente una storia di sottrazioni e di assenze.

Accanto alla scrittura costituzionale esiste però il sapere giuridico. È in esso che ritroviamo, a mio avviso, il gioco combinato dell'appartenenza, del soggetto, dei suoi diritti; ed ecco che torna quindi l'onere, per lo storico, di chiedere: quale appartenenza, quale soggetto, quali diritti?

Si pensi alla costruzione giuridica delle libertà in Germania, in Italia. Si arriva alle libertà del soggetto entro un'impostazione francamente statocentrica. La convinzione della centralità dello Stato si forma però per così dire, prima della teoria, deve essere ricondotta alla grande svolta anti-illuministica del primo Ottocento e dipende da una sottesa antro-

[28] Cfr. M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, I: *Le libertà: presupposti culturali e modelli storici*, Torino 1991.

pologia: l'antropologia dell'appartenenza del soggetto al popolo (savigniano, orlandiano), quindi allo Stato. In questa prospettiva i diritti del soggetto, i diritti di libertà, dipendono da un soggiacente legame di appartenenza. E non importa qui valutare, per così dire, il grado di durezza di questi diritti: serve solo tener presente che è sulla base dell'appartenenza al popolo-(Stato) – e della presupposta antropologia (di savigniana e orlandiana memoria) – che i giuristi costruiscono la posizione del soggetto e salvano (*in extremis*) le sue libertà. Dall'appartenenza ai diritti di libertà, dunque.

Si cambino zona e protagonisti del sapere giuridico ottocentesco e troveremo all'opera un'altra appartenenza e un'altra idea di soggetto, e assisteremo quindi all'emersione di un'altra categoria di diritti. Si pensi ai giuristi raggiunti dalle istanze solidaristiche e dall'organicismo sociologizzante della cultura positivistica: è proprio sulla base del vincolo originario che lega il soggetto al gruppo sociale che i giuristi prendono lentamente a familiarizzarsi con una classe di diritti che chiameranno 'sociali'. È, ancora, il vincolo di appartenenza del soggetto alla società (e allo Stato come interprete 'funzionale' di questa) che stringe il soggetto in una rete di nuovi doveri e di nuovi diritti.

Si configurano così, ampiamente discussi dalla dottrina giuridica fra Otto e Novecento, due classi di diritti, i diritti civili, i diritti sociali, la cui diversità, o addirittura reciproca incompatibilità, sarà sempre di nuovo ribadita da una parte consistente della dottrina giuridica. La drammatizzazione di questa incompatibilità nasceva innanzitutto, come è ovvio, da scelte ideologico-politiche inconciliabili o fortemente divergenti. Al fondo dell'opposizione, però, agivano anche le diverse logiche di appartenenza alle quali le due classi di diritti avevano finito, geneticamente e quindi strutturalmente, per ispirarsi. Da un lato l'appartenenza allo Stato della tradizione spiritualistico-organicistica, dall'altro lato l'appartenenza alla società dell'organicismo naturalistico comtiano o spenceriano. Da un lato la rappresentazione di un soggetto che si costruisce, entro lo Stato, grazie allo Stato, lo

spazio delle libertà 'negative', dall'altro lato il soggetto che, forte del primato 'ontologico' della società e del vincolo della solidarietà, piega lo Stato alla logica funzionale della prestazione 'positiva', dell'intervento attivo, riformatorio, socialmente conciliativo. La cittadinanza, originariamente unitaria, appare ora sdoppiata in appartenenze e diritti difficilmente conciliabili.

Nel momento 'inaugurale' della vicenda, invece, per i costituenti francesi, lo sdoppiamento della cittadinanza non era un fantasma che turbava i loro sonni. Ma non perché per loro diritti sociali e diritti civili, uguaglianza di fatto o di diritto fossero categorie pacificamente componibili; erano al contrario categorie ideologicamente, politicamente confliggenti, ma non tanto da spezzare un presupposto antropologico sostanzialmente comune: quell'uomo 'naturale', quel soggetto-di-bisogni, che, attraverso l'intervento (necessariamente razionale) della legge, godeva della realizzazione dei propri diritti naturali.

Vogliamo trarre una modesta e provvisoria 'morale della favola'? La cittadinanza sembra mantenere una sua sostanziale unitarietà quando è in grado di rinviare ad un'unitaria, intrinsecamente coerente, immagine antropologica 'agita'. Il successo di 'cittadinanza' nei dibattiti rivoluzionari può forse in parte ricondursi alla semplicità ed univocità del rapporto che essa intratteneva con la soggiacente antropologia. Nel corso dell'Ottocento invece ciò che sembra smarrirsi è appunto una idea di soggettività unitaria e ampiamente condivisa, con il conseguente moltiplicarsi e confliggere delle appartenenze e dei diritti. Se questo è vero, una 'scommessa' sull'efficacia teorico-politica, oggi, di 'cittadinanza' dovrebbe convertirsi in una scommessa sulla individuabilità e condivisibilità di una nuova, comune, antropologia.

Individuo, famiglia e collettività nel codice civile della borghesia italiana

di *Raffaele Romanelli*

> «L'idea fondamentale del Codice Civile è quella della proprietà e tutte le sue disposizioni si aggirano intorno ai beni. Il primo libro del Codice riguarda invece i diritti di famiglia; per modo che a me è sempre paruto, che questo primo libro sia una branca di leggi speciali ed intermedie tra il Codice Civile e lo Statuto. Il Codice Civile riguarda l'individuo; il primo libro del Codice, la società di famiglia; lo Statuto, la società politica» [Giuseppe Pisanelli al Senato del Regno, il 15 luglio 1863, presentando il progetto del primo libro del codice civile]

Il concetto di borghesia e di borghese ha statuto dottrinario debolissimo, non avendo carattere descrittivo, ma relazionale e retorico, dipendente dai contesti storici e linguistici in cui si rinviene[1]. Ciò che qui ci interessa tuttavia è che esso ci indirizza verso l'agire economico razionale, l'assolutezza proprietaria, la centralità sociale e politica del soggetto, e così via, tutti concetti volti a connotare la società in senso individualistico. L'opposizione tra questo dominante orientamento individualistico del sistema e la molteplicità dei valori e degli interessi collettivi, o comunitari, costituisce uno dei fondamentali problemi culturali e politici dell'Ottocento, e condiziona profondamente le politiche che accompagnano

[1] Ho suggerito alcuni percorsi di lettura in questa direzione in *Borghesia/Bürgertum/bourgeoisie. Itinerari europei di un concetto*, in J. KOCKA (ed), *Borghesie europee dell'Ottocento*, Venezia 1989. Ma è essenziale, nel medesimo volume, J. KOCKA, *Borghesia e società borghese nel XIX secolo. Sviluppi europei e peculiarità tedesche.*

l'instaurazione della civiltà borghese e la connessa 'giuridificazione' dei rapporti sociali.

Nelle riflessioni dottrinarie così come nelle discussioni politiche, tuttavia, le dimensioni sociali che per contrapposizione danno corpo al concetto di individualismo borghese riguardano soprattutto il terreno dei rapporti produttivi e di lavoro, o quelli politici e di relazione, e assai meno l'altra dimensione della vita associata i cui rapporti con il postulato individualistico sono assai problematici: quella relativa all'istituzione familiare. Individuo e famiglia sono generalmente considerati come poli complementari (e conflittuali) della medesima configurazione sociale, la 'società borghese', ma raramente questa complementarità viene scomposta per analizzare le relazioni che corrono tra le sue componenti. Rimangono così in ombra anche le linee direttrici che ispirano la costruzione giuridica della società borghese in quelle ampie parti dei codici civili che trattano delle relazioni familiari.

A questo tema sono dedicate le pagine che seguono. Pensate al fine di contribuire alla discussione sul carattere 'borghese' della costituzione italiana, esse si propongono una rapida rivisitazione di alcuni punti salienti del codice civile del 1865 in tema di rapporti familiari – e prevalentemente quelli riguardanti la patria potestà e la tutela, il regime matrimoniale e le norme successorie[2] – per saggiare in che senso l'ordinamento tutelasse allo stesso tempo l'individuo e la famiglia, e in relazione a quali sistemi di valori; e per domandarsi se nei decenni liberali, sotto la superficie di una sostanziale tenuta del quadro codicistico corressero tensioni culturali attorno all'uno o all'altro dei principi fondamentali che regolavano il diritto familiare, e in quale luce, infine,

[2] Non ho preso in considerazione il problema del matrimonio civile e del divorzio, forse l'unico argomento riguardante la famiglia che stimola direttamente una vivace discussione politica, perché esso ha altre radici e implicazioni, anche se ovviamente il dibattito sull'argomento ripropone continuamente una riflessione sulla natura della famiglia e sul suo valore nella società del tempo.

fosse visto l'intervento – o il non intervento – dell'ordinamento pubblico nella sfera privato-familiare.

1. Ogni valutazione complessiva della legislazione civilistica italiana dell'Ottocento deve prendere le mosse dal suo rapporto con il codice francese napoleonico. Come è noto, la filiazione è diretta e assai stretta; nel caso del codice civile infatti, così come in altri settori della legislazione, il legislatore del 1865 trovò nell'aderenza al modello francese il modo di evitare una pericolosa avventura rifondativa, cosa che gli era facilitata dal fatto che i codici in vigore in gran parte della penisola ricalcavano quel modello e consentivano di basare su di una sostanziale continuità il passaggio ad un nuovo codice nazionale[3].

Non è certo questo il luogo per tracciare un profilo storico del codice napoleonico e del suo conclamato carattere 'borghese'. Basterà ricordare il suo spirito individualistico-proprietario, che ignorando i corpi sociali intermedi lascia l'individuo solo di fronte alla legge. Per quanto qui ci interessa, si potrà dire ancora che la finzione del soggetto unico del diritto rinvia in senso lato alla figura romana del *pater fami-*

[3] Si ricorderà qui soltanto che durante il periodo napoleonico il *Code* fu applicato nei territori annessi alla Francia (Piemonte, Liguria, Toscana), nei Regni d'Italia, d'Etruria e di Napoli, mentre con la Restaurazione furono plasmati sul modello napoleonico il codice del regno delle due Sicilie (1819), quelli di Parma e Piacenza (1820), e del Ducato estense (1851), e, con alcune modificazioni 'conservatrici', il codice Albertino del 1837, mentre Toscana e Stato Pontificio conservarono legislazioni non codificate di diverso orientamento e nel Lombardo Veneto fu applicato nel 1815 il codice civile austriaco del 1811. Sulla fase dell'unificazione cfr. A. AQUARONE, *L'unificazione legislativa e i codici del 1865*, Milano 1959; G. D'AMELIO, *P.S. Mancini e l'unificazione legislativa del 1859-61*, in «Annali di storia del diritto», V-VI, 1961-1962, pp. 159-220; C. GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia, 1865-1942*, Roma-Bari 1985. Tutta la documentazione relativa è stata raccolta ad opera del Ministero di Grazia e giustizia in *Lavori preparatori del codice civile del regno d'Italia*, 8 voll., Roma 1986-99. Un'altra raccolta di facile consultazione è S. GIANZANA, *Codice civile preceduto dalle relazioni ministeriale e senatoria, dalle discusioni parlamentari e dai verbali della commissione coordinatrice*, 9 voll., Torino 1887-89. Vi farò qui riferimento come GIANZANA.

lias, che come tale assume in se stesso, nelle potestà che egli esercita sulle persone dei familiari come sui beni, la pluralità dei soggetti e delle relazioni interne alla famiglia. Non a caso, ci sembra, mentre il codice non considera la famiglia tra i soggetti di diritto, gli articoli 131 e seguenti considerano il marito «capo della famiglia». Viene così disegnata la figura del notabile che domina la scena sociale del primo Ottocento e assurge a protagonista dei sistemi costituzionali rappresentativi, le cui leggi elettorali di tipo censitario effettivamente sono dirette filiazioni del codice anche e proprio in relazione alla collocazione attribuita agli individui titolati di censo, ma subordinati al capofamiglia[4].

In realtà, il rinvio romanistico alla figura del padre di famiglia come concretizzazione dell'immaginario soggetto unico del diritto è mero strumento retorico per risolvere sia le contraddizioni interne al principio individualistico che l'impossibilità di ridurre le relazioni familiari al modello contrattuale dominante. Nello spazio di queste contraddizioni e tensioni si muove una questione interpretativa che riguarda la struttura del codice, le sue matrici storiche e quindi i suoi contenuti. Si vuole infatti che il *Code* risulti dalla convergenza delle due grandi tradizioni normative, quella 'germanica' del *droit coutumier* e quella 'romanistica' del diritto scritto, e quindi conservi al suo interno una articolata dialettica tra diverse ispirazioni. Non è chiaro tuttavia fino a che punto questo schema si limita a descrivere le origini dottrinarie del testo, cioè appartenga a una vicenda culturale tutta interna alla storia del pensiero giuridico e del ceto dei giuristi, anziché a quella degli istituti o delle pratiche giuridiche[5].

[4] Mi riferisco in particolare alla posizione anomala dei minori e delle proprietarie e all'istituto della delega di censo. Ho svolto alcune annotazioni sull'argomento in *Circa l'ammissibilità delle donne al suffragio politico nell'Italia liberale. Le sentenze pronunciate dalla magistratura nel 1905-1907*, in P. PEZZINO-G. RANZATO, *Laboratorio di storia. Studi in onore di Claudio Pavone*, Milano 1994.

[5] Per una analisi delle matrici dottrinarie si rinvia a A.-J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris 1969, sul quale si vedano i commenti di G. TARELLO, ora in *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna 1988, pp. 123-132.

Il quesito riguarda non solo gli antecedenti e i modi di formazione del codice, ma anche la sua vicenda ottocentesca, in Francia come in Italia, dato che particolarmente in quella fase storica la vita delle norme si svolse entro il circuito chiuso dell'applicazione giurisprudenziale e dell'esegesi dottrinaria[6]. Ma in modo non molto diverso dovevano operare i rinvii dottrinari anche in un'area come quella germanica, che era invece dominata dalla scuola storica e nella quale la questione della codificazione rimase aperta per tutto il secolo[7]. Perciò resta allo storico da chiedersi fino a che punto i rinvii alla tradizione germanica o a quella romana, a quella comune o quella bizantina, avessero funzione meramente ideologica, come segno di un orientamento dottrinario o giurisprudenziale, o invece facessero anche riferimento a tradizioni giuridiche effettivamente operanti nei vari paesi e nelle varie epoche. È un problema trascurato dalla ricerca e che qui si può solo enunciare, nonostante lo si ritenga assolutamente rilevante per l'analisi storica degli istituti. Proprio la rigidità della forma codicistica e della conseguente interpretazione esegetica inducono infatti a estrapolare gli istituti dal loro contesto storico, in certo modo «reificando» le categorie dottrinarie e modelli. Se non acquistano piena consapevolezza di questi percorsi culturali gli storici rischiano di scambiare stereotipi e modelli per realtà istituzionali e quindi di arrivare a conclusioni del tutto errate[8].

[6] In quella fase «la promulgazione del nuovo Codice civile, cioè di un codice derivato dal Codice Napoleone attraverso l'elaborazione e il commento della scuola esegetica francese e la riformulazione ad opera di una civilistica italiana largamente dipendente dalla scuola esegetica, venne a rinforzare ancor più le tendenze positivistico-esegetiche già insite nella civilistica italiana». Così G. TARELLO, *La Scuola dell'Esegesi e la sua diffusione in Italia*, in *Cultura giuridica*, cit., p. 97.

[7] Cfr. sul tema M. JOHN, *Politics and the Law in Late Nineteenth-Century Germany. The Origins of the Civil Code*, Oxford 1989.

[8] A proposito dei rinvii al diritto romano, il pericolo è segnalato con energia da R. SALLER, *European Family History and Roman Law*, in «Continuity and Change», 6, 1991, 3, pp. 335-346, nel quadro di un dibattito sulla famiglia che ha interessato soprattutto i demografi e gli storici sociali. Peraltro anche nel dibattito dottrinario italiano ottocentesco, che si svolge tutto nell'ambito della rievocazione storica, l'appello a distin-

Anche in Italia dunque, e con la mediazione del modello francese, operano i riferimenti al diritto romano e a quello germanico, o almeno alle tracce che se ne individuano nel diritto comune (o, in Francia, nella tradizione *coutumière*). Sono questi i poli di riferimento della discussione sul valore e significato da attribuire all'introduzione del codice in Italia. In questa discussione la derivazione dal modello francese porta per prima cosa a sottolineare positivamente il valore progressivo dell'innovazione. Vale innanzitutto la constatazione che la sua applicazione a tutte le province italiane, comprese quelle fino ad allora rette dal diritto comune, come la Toscana, o da singolari sopravvivenze d'antico regime, come lo Stato Pontificio, doveva costituire un evidente passo avanti sulla via della modernità. Anche senza eccessive professioni di fede «borghese-individualistica», è questa l'impostazione che prevale nei commentari e nelle enciclopedie che si mantengono fedeli al metodo dell'esegesi. Sarà perciò questo il primo dato che anche noi sottolineeremo. Cercando tuttavia di ponderarlo con altri elementi dissonanti già ben presenti nel quadro iniziale.

Anche nei testi esegetici infatti non mancano riserve e perplessità, che rimarcano da un lato l'esigenza di attenersi ad alcuni caratteri più specificamente 'nazionali' della tradizione sociale e giuridica, dall'altro il fatto che i sessant'anni trascorsi dalla formulazione del *Code Napoléon* ne avevano rivelato alcuni limiti e avevano arricchito una elaborazione giurisprudenziale che in linea teorica sembrava preclusa in quel sistema ma che di fatto poi contribuiva a rinnovare le norme. A ricordare inoltre che la versione francese dell'individualismo liberale non doveva essere necessariamente l'unica o la migliore erano le legislazioni europee coeve rimaste vicine alla tradizione 'germanica' delle quali il Lombardo-Veneto offriva un esempio di immediata utilizzazione polemica, utile soprattutto a chi volesse deprecare il vieto ottan-

guere tra definizioni dogmatiche di determinati istituti e la loro evoluzione nel tempo, la varietà dell'applicazione e della casistica, è argomento che risuona frequentemente, via via utilizzato a sostegno dell'una o dell'altra tesi.

tanovismo del *Code*[9]. Erano riserve convergenti, in quanto si riteneva che la tradizione locale fosse per l'appunto più sensibile a quelle esigenze sociali e familiari che i decenni trascorsi avevano fatto affiorare anche nella dottrina d'oltralpe. In questo senso venivano anche sottolineati gli elementi che differenziavano i due testi, e che appunto segnalando un minor grado di 'individualismo' nel codice italiano, che avrebbe stemperato certe rigidità 'romanistiche' del *Code* francese a favore di una maggiore sensibilità familistica e umanitaria, lo rivelavano ad un tempo più conservatore (vicino cioè alla tradizione locale) e più innovatore (sensibile ai tempi nuovi della socialità).

2. L'elemento da cui far partire la nostra analisi è dunque la matrice individualistica del codice Pisanelli, di cui i commentatori dell'epoca non mancarono di sottolineare la portata innovatrice, soprattutto parlando della condizione fatta alla donna, un tema evidentemente cruciale per chi volesse e voglia discutere i nessi tra individuo e famiglia nel diritto borghese.

«Egli è un fatto – scriveva ad esempio Carlo Francesco Gabba nella seconda edizione del suo volume sulla condizione della donna, che è posteriore alla promulgazione del codice – che il nuovo codice civile italiano ha attribuito alle donne alcuni importantissimi diritti, che prima esse non avevano nella maggior parte degli antichi stati d'Italia, o non avevano in nessuno, principalissimi fra gli altri il diritto di successione intestata a pari condizione coi fratelli, dirit-

[9] È merito notevole di Paolo Grossi e della sua accentuata repulsione per la vulgata individualistica borghese di avere riequilibrato molti giudizi correnti su questi temi. Mi riferisco a *«Un altro modo di possedere». L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano 1977; *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, in E. CORTESE (ed), *La proprietà e le proprietà*, Milano 1988; e soprattutto a *«La scienza del diritto privato». Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo, 1893-1896*, Milano 1988, al quale sono debitore di molte annotazioni e dove è evidente l'adesione dell'autore al fastidio mostrato dai suoi autori ottocenteschi per «la retorica astrattezza dei modelli della civiltà borghese» (p. 38), per «la turlupinatura rappresentata dal principio di eguaglianza giuridica» (129), per la «mistica ottantanovarda» (p. 126) coltivata nell'«Italia cosiddetta liberale» (p. 133).

to sconosciuto nell'Italia media e nel Piemonte, la patria podestà sui figli in caso di vedovanza, sconosciuta fino allora in tutta Italia, anzi in tutte quante le legislazioni dei popoli civili»[10].

Oltre a queste ricordate da Gabba, diverse altre norme del codice vanno nella stessa direzione, come quelle che dispongono la riserva in favore del coniuge superstite dell'usufrutto su una porzione dell'asse ereditario (e che non fanno distinzione di sesso), o l'eguaglianza dei sessi in tema di consenso dei genitori al matrimonio, nonché lo stesso regime patrimoniale tra coniugi, che a differenza del *Code* napoleonico quello italiano del 1865 fissò, in mancanza di diretto accordo tra i coniugi, nella separazione dei beni, con ciò rinunciando a rendere obbligatoria la dote per l'appunto sulla base del principio d'eguaglianza. Come disse Pisanelli, una volta stabilita la mancanza d'obbligo di assegnamenti al matrimonio, ciò aveva portato ad eliminare l'obbligatorietà della dote, giacché una volta stabilito il principio non «parve opportuno d'introdurre un'eccezione a favore della figlia, tenuto massimo conto del sistema di perfetta eguaglianza, che si vuole mantenere tra maschi e femmine nei rapporti di famiglia e di successione»[11]. E, in tema di diritto di successione:

«Non si fece distinzione fra maschi e femmine perché ripugna ai principii di giustizia, e di quell'uguaglianza naturale che dal progetto fu mantenuta nei rapporti di famiglia. Essa fu già condannata dalla dottrina e respinta dalla maggior parte dei codici moderni. A sostegno della medesima possono soltanto invocarsi i pregiudizi del passato»[12].

[10] Cfr. C.F. GABBA, *Della condizione giuridica delle donne. Studio storico*, Torino 1880², Prefazione alla 2ª ed. Già nei suoi primi scritti sull'argomento, risalenti al 1861-62, il giurista lombardo aveva assunto posizione aperta a favore della eguaglianza giuridica tra i due sessi, cosa che per molto tempo l'ha fatto passare per novatore illuminato. Ma sul tema torneremo più avanti.

[11] Dalla Relazione al progetto del I libro presentata al senato il 15 nov. 1863. Cit. in GIANZANA, I, p. 23.

[12] Così ancora Pisanelli, nella Relazione al progetto del III libro, presentata al senato il 26 nov. 1863. Cit. in GIANZANA, I, pp. 59-60.

Argomento nodale nella legittimazione del codice, il principio dell'eguaglianza giuridica di tutti i soggetti si presenta come *jus commune*, di fronte al quale ogni limitazione fatta a soggetti particolari diventa *jus singulare*, precisamente giustificato. Proprio questo punto di partenza – di non facile e immediata traduzione nell'ambito della famiglia, particolarmente in una società per tanti versi patriarcale come l'Italia dell'Ottocento – offre anche a noi la traccia per discutere i fondamenti in base ai quali venivano giustificate – o combattute – le fondamentali asimmetrie che speciali norme creavano tra determinati soggetti all'interno della famiglia, e in particolare i rapporti tra i minori e chi esercitava la patria potestà e tra le donne e gli uomini.

Particolarmente per ciò che riguarda i rapporti tra donne e uomini, è certamente possibile vedere in quelle asimmetrie un limite conservatore del codice, un suo tratto illiberale, un elemento di incompiutezza che lo sviluppo del sistema era destinato a correggere. Quest'ultima prospettiva prevale largamente negli studi sulla storia del diritto di famiglia[13]. Essa è indubbiamente coerente con l'assunto egualitario di matrice liberal-individualistica che ispira il codice stesso e quindi certe sue linee di evoluzione interna, apparentemente destinate a incontrare sul loro cammino soltanto le resistenze conservatrici dei decenni liberali e le reazioni autoritarie del periodo fascista.

[13] È questo l'orientamento comune alle principali analisi storiche sull'argomento alle quali facciamo riferimento, da quella – che rimane a tutt'oggi la più completa e articolata – di P. UNGARI, *Storia del diritto di famiglia*, Bologna 1974 alle dispense di M. BESSONE-E. ROPPO, *Il diritto di famiglia*, Torino 1977, che contengono ampli stralci documentari, fino alle più recenti trattazioni sintetiche fornite di corredo a studi sulla storia sociale-demografica della famiglia, come D. VINCENZI AMATO, *La famiglia e il diritto*, in P. MELOGRANI (ed), *La famiglia italiana dall'Ottocento a oggi*, Bari-Roma 1988, e C. SARACENO, *Le donne nella famiglia: una complessa costruzione giuridica*, in M. BARBAGLI-D.I. KERTZER (edd), *Storia della famiglia italiana 1750-1950*, Bologna 1992. Secondo questo approccio, il codice 1865 si rivela più avanzato dei precedenti italiani in quanto più individualistico e liberale, ma con alcuni difetti imperdonabili e mai perdonati, primo fra tutti, come ora diremo, l'istituto dell'autorizzazione maritale.

È vero infatti che il codice civile costituì un quadro di riferimento chiuso, impermeabile alle trasformazioni, e che solo alla fine del secolo e agli inizi del nuovo si poté cominciare a ipotizzarne una revisione e dunque a discuterne i principi ispiratori[14]. E poiché rigidità del quadro dogmatico era poi tutt'uno con l'ideologia individualistica che ne ispirava i contenuti, anche le parziali proposte innovative in una materia allo stesso tempo così 'costituzionale' e tradizionale com'era la legislazione riguardante la famiglia poterono essere concepite e validamente discusse soltanto in direzione 'progressista', in una direzione cioè che perfezionasse le istanze egualitarie del codice emendandone eventuali 'difetti'. Questa può essere per lo meno una prima lettura delle critiche che giungono nei decenni liberali alle norme sulla famiglia, e che per lo più sono dirette ad adeguarle ai paramentri dell'emancipazionismo e dell'egualitarismo e sostanzialmente riguardano le richieste di parificazione della donna. Come si è detto, è questa una linea interpretativa che per molti versi alimenta se stessa, e che trova conferma negli stessi limitatissimi ritocchi apportati al codice nel «mezzo secolo senza riforme», come Paolo Ungari ha chiamato la fase liberale.

Se si fa eccezione di minori leggi speciali, prima della guerra di ritocchi al codice se ne registra anzi uno solo, la legge del 9 dicembre 1877 che modificando gli artt. 351 e 788 del codice concesse alle donne la capacità di fare da testimoni negli atti

[14] Istanze tecniche di revisione nascono semmai dalla dottrina e cominciano a profilarsi a fine secolo, ma senza forza alcuna. È del 1893 il primo disegno di legge, presentato da Emilio Bianchi, per l'istituzione di una commissione permanente di legislazione civile. Nel 1906 il guardasigilli Gallo nomina una commissione per la revisione del codice che l'anno successivo Orlando divide in sottocommissioni e che Vittorio Scialoja scioglie nel 1909-1910. Sulla vicenda cfr. R. BONINI, *Disegno storico del diritto privato italiano (dal codice civile del 1865 al codice civile del 1942)*, Bologna 1980, pp. 36-38. Sui temi e le voci di quella stagione culturale cfr. anche G. FRIGIUELE, *La «Rivista di diritto civile» dal 1909 al 1931. «Un organo speciale del movimento scientifico, legislativo e pratico del più importante ramo del diritto positivo» e di «indirizzo» dello stesso nell'Italia giolittiana e del terzo decennio del nuovo secolo*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 16, 1987, pp. 519-630.

pubblici e privati. È una legge emersa come segnale di radicalismo emancipazionista, ma nello stesso tempo tranquillamente coerente con le tendenze del sistema e le necessità dell'epoca. Il progetto era stato infatti presentato da Salvatore Morelli, un deputato sostenitore della causa femminista, autore di una serie di disegni legge-bandiera – uno dei quali, del 1867, si intitolava «Abolizione della schiavitù domestica con la reintegrazione giuridica della donna, accordando alla donna i diritti civili e politici» – che ad esempio prevedevano che i nati assumessero il nome della madre, che speciali patti nuziali stabilissero la divisione del lavoro tra i due, che ciascuno potesse assumere il cognome del coniuge, etc.[15]. Nonostante questo sfondo alquanto inconsueto, il provvedimento del '77 appartiene, come si diceva, ad un ciclo emancipazionista ben radicato nei decenni liberali e al quale la guerra dette infine un impulso decisivo[16], così portando subito alle uniche altre due correzioni al codice che interessano la materia familiare e che per quanto realizzassero obiettivi largamente annunciati, furono originate da fenomeni propri della situazione bellica, come l'aumento delle eredità giacenti e

[15] Su Morelli cfr. P. UNGARI, *Storia del diritto di famiglia*, cit., pp. 182, 204-205, e F. PIERONI BORTOLOTTI, *Alle origini del movimento femminile in Italia, 1848-1892*, Torino 1975 (2), pp. 34-40 e *passim*. Morelli presentò anche dei disegni di legge sull'abolizione delle case di tolleranza e sulla parificazione giuridica dei figli illegittimi. Scrisse *La donna e la scienza, o la soluzione del problema sociale* (Napoli 1869), che Gabba considerava libro declamatorio, insensato, pieno di sfondoni, nel senso dunque di una emancipazione paritaria: «Un po' egli è partigiano della equivalenza dei sessi, un po' inclina verso la superiorità del sesso femminile. Egli ha il più elevato concetto della missione femminile, facendola principalmente consistere nello educare il genere umano» (C.F. GABBA, *Della condizione giuridica della donna*, cit., p. 277).

[16] Come osserva Paolo Ungari, che ne fornisce un elenco, tra gli anni Sessanta e la prima guerra mondiale, «tutta una normativa minore tempera la disuguaglianza fondamentale mantenuta fra i coniugi» (*Storia del diritto di famiglia*, cit., p. 198). Anche se non ebbero esito legislativo, vanno poi ricordate nello stesso periodo le discussioni sull'ammissione delle donne alle professioni legali e al diritto di voto. Cfr. sull'argomento anche S. SOLDANI, *Lo stato e il lavoro delle donne nell'Italia liberale*, in «Passato e Presente», 24, sett.-dic. 1990, pp. 23-71. Sulla legislazione dell'immediato dopoguerra cfr. ancora l'opera citata di P. Ungari alle pp. 217 e 233.

l'ingresso massiccio delle donne nel mercato del lavoro. Parliamo della riduzione dei gradi di parentela ammessi alla successione intestata e dell'abolizione dell'autorizzazione maritale, introdotte rispettivamente con decreto legge 16 novembre 1916 e con legge del 17 luglio 1919[17].

Sotto molti aspetti il fascismo segna una netta inversione di questa tendenza emancipazionista, così rafforzando una interpretazione che tende a saldare tra loro – in opposizione al percorso emancipazionista e liberale – le resistenze conservatrici che esso incontra e la reazione autoritaria del periodo fascista. Si tratta di una interpretazione che richiama alla mente dello storico una dialettica altrettanto priva di sfumature tra progresso liberale-democratico e chiusure reazionarie e che parimenti lascia al di fuori, o distribuisce secondo le appartenenze di schieramento, i vari e variopinti umori sociali del tempo. Nel nostro caso, elogio delle virtù borghesi-illuministiche del codice civile, richieste di ulteriori perfezionamenti e completamenti su quella strada, oppure preoccupazioni e reazioni 'romanistiche'-autoritarie, rimangono all'interno di una visione che chiameremo codicistica, e che lascia poco spazio al dibattito svoltosi attorno a quel modello che fu invece vivace e intenso, anche se confuso e disorientato.

Spesso assegnate alla corrente del cosiddetto 'socialismo giuridico'[18], le critiche sociali rivolte al codice del 1865 avevano in effetti ispirazioni estremamente varie e mutevoli, per molti

[17] L'abolizione dell'autorizzazione maritale era stata anticipata da un progetto presentato da Vittorio Scialoja, che ne fu l'artefice, nel 1912. Sul contributo di Scialoja alla riforma del codice e in genere sul dibattito svoltosi nel primo dopoguerra cfr. R. BONINI, *I romanisti e il I libro del codice civile del 1942*, in *Problemi di storia delle codificazioni e della politica legislativa*, I, Bologna 1973, pp. 147 ss.

[18] Sulla «riconosciuta equivocità» della formula, che originariamente si deve ad Achille Loria, cfr. P. UNGARI, *In memoria del socialismo giuridico*, I: *Le «scuole del diritto privato sociale»*; II: *Crisi e tramonto del movimento*, in «Politica del diritto», I, ott.-dic. 1970, pp. 241-268, 387-403, nonché P. GROSSI, *Pagina introduttiva* al nn. 3-4 (1974-75) dei «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno» dedicato all'argomento.

aspetti perfino contrastanti, come del resto accade alla gran parte del pensiero antiborghese di fine Ottocento, in quella fase nella quale l'intera costituzione liberale entra in sofferenza, attaccata 'da sinistra' per essere allo stesso tempo borghese e per esserlo in maniera insufficiente e incompleta, mentre 'da destra' il sistema appare troppo esposto a venti disgregatori e semmai bisognoso di restauri e di ritorni alla tradizione. Il fatto che la storiografia non abbia messo in risalto a sufficienza la vitalità dei fermenti politici di quella fase non è dovuto soltanto al complessivo prevalere di orientamenti interpretativi coerenti con la linearità dell'evoluzionismo borghese (o della sua negazione autoritaria), ma anche alla stessa intermittenza del loro linguaggio, e alla mancanza di referenti ideologici univoci – come nel campo dominante possono essere l'invidualismo borghese del *Code* e il rinvio romanistico.

Coloro che proponevano soluzioni incoerenti rispetto al percorso codicistico facevano riferimento ora alla 'tradizione' (in genere alimentandola, come già si è detto, di uno spirito familiare 'germanico' contrapposto al più duro individualismo 'romanistico') ora invece alla necessità di tutelare il complesso delle relazioni familiari e in esse i soggetti ritenuti più «deboli», secondo un tipo di argomentazione ben presente anche nelle politiche sociali del moderno *welfare*, e dunque potrebbero essere dette piuttosto progressiste che conservatrici (di qui lo slittamento semantico da sociale a socialista, incoraggiato anche da una certa confusione mentale dei protagonisti). Non possiamo far altro che ripetere che questo tipo di richiami e interpretazioni acquisterebbe spessore storico soltanto se potessimo collegare la dottrina alla giurisprudenza delle corti, e queste alla pratica sociale, al costume, alla cultura e alla politica, così arrivando a capire fino a che punto l'innovazione egualitaria fosse una sorta di anacronistica «fuga in avanti» non corrispondente alle tendenze sociali del paese e in che misura le critiche dei novatori avessero maggior fondamento di quanto la mera storia culturale non abbia concesso loro[19].

[19] Per ciò che riguarda la giurisprudenza delle corti, gli storici si sono per ora limitati a riportare indirettamente i risultati di una indagine

3. Una divaricazione netta e carica di significati tra principi normativi e prassi sociale si troverebbe con ogni probabilità nello studiare i rapporti tra genitori e figli sullo sfondo delle norme sulla patria potestà. I paradigmatici rigori della *patria potestas* romana sono già lontani dal *Code*, apparentemente piegati dai presunti influssi germanici. E tuttavia, «bien que le légendaire despotisme familial issu de la *patria potestas* romaine, ait été bien battu en brèche par la Révolution, on sait que le Code Napoléon considère la minorité moins comme une période d'éducation que comme un temps de faiblesse, partant la soumission»[20]. Siffatta *puissance paternelle* francese è ulteriormente ingentilita nella *potestas* italiana, che nei decenni liberali sempre di più viene interpretata a favore dei figli; dottrina e giurisprudenza tendono a dire che la patria potestà non è precisamente un diritto, ma un ufficio, un onere a favore dei discendenti, che semmai sono loro gli unici titolari di un vero diritto. È significativo che Pisanelli, nel presentare le norme sulla patria potestà dichiari che se non viene ammessa la facoltà di costringere in carcere il figlio (che era invece contemplata nel codice napoleonico), «ciò non nasce da un esagerato rispetto alla libertà individuale», giacché infatti il diritto coattivo dei genitori sulla persona del figlio è conservato, bensì dal dubbio sugli effetti del carcere, che può «lasciare una sfavorevole impressione sulla persona che lo patisce», cosicché si era «eliminando il carcere, non già di affievolire la patria potestà, ma di preservare i genitori da un tardo e irreparabile rimorso»[21]. Scemata di intensità e di estensione, la patria potestà è inoltre motivata non solo sull'interesse immediato della prole ma anche su quello mediato della famiglia e dello Stato, ed ha quindi rilevanza pubblicistica.

disposta nel 1860 dalla commissione del Senato. I pareri espressi dalle corti ai quali si rinvia di frequente in tutto il dibattito contribuirono a modificare in senso più tradizionalista il testo del progetto Cassinis.

[20] A.-J. ARNAUD, *Essai d'analyse structurale du code civil français*, Paris 1973, p. 66.

[21] La frase è presente sia nel discorso che nella relazione sul primo libro del codice del luglio e del novembre 1963. Vedila in GIANZANA, I, pp. 13 e 33.

«A poco a poco – si legge nella voce relativa pubblicata agli inizi del '900 sul *Digesto* a firma di Alessandro Marracino – la famiglia non fu più il piccolo Stato soggetto al dominio eminente del capo stipite, ma fu il gruppo costituito intorno al genitore; e la patria potestà, se portò seco dei diritti, fu perché il padre potesse adempiere a dei doveri, e non fu più considerata come un istituto di diritto positivo, ma fondata sulla natura e sorretta da norme giuridiche nell'interesse della prole»[22].

Ma la testimonianza in sede dottrinaria di una evoluzione liberale dell'istituto della patria potestà, se da un lato potrebbe trovare qualche conferma nelle statistiche giudiziarie, per le quali le misure di correzione sono in effetti pochissime, dall'altro appare intuitivamente in contrasto con quanto si sa della vita sociale e familiare del tempo e di certe vecchie e nuove atmosfere conservatrici che la percorrono[23]. La stessa dottrina sembra farsene portavoce quando testimonia di un diffuso bisogno d'ordine. Nella voce *Patria potestà* ora citata si denuncia l'allentamento dei vincoli fra padre e figlio, fatto che «ha spinto non pochi a levar alta la voce, per proclamare la necessità di rincondurre la potestà paterna alle tradizioni classiche, di rafforzarla, restituendo al padre di famiglia gran parte delle antiche attribuzioni»[24].

22 A. MARRACINO, *Patria potestà*, in *Il Digesto italiano. Enciclopedia metodica e alfabetica*, XVIII, p. I, Torino 1906-10, p. 738.

23 Tra le non molte ricerche a nostra disposizione sull'argomento, quella di M. BARBAGLI, *Sotto lo stesso tetto. Mutamenti della famiglia in Italia dal XV al XX secolo*, Bologna 1984, che alla tradizionale analisi sociologica unisce pagine sulle relazioni di deferenza e di affettività, giunge a conclusioni contrastanti, che da un lato fanno anticipare a fine '700, ed in particolare negli ambienti sociali più elevati, i mutamenti dei ruoli interni alla famiglia e l'avvicinamento tra genitori e figli, dall'altro mostrano la lunga durata di strutture di relazione tradizionali. P. Ungari parla di una «remotissima Italia» attaccata ad antichi costumi che a studiarla trasparirebbe «anche nella 'filosofia' di una giurisprudenza che fino al 1924 si sviluppò sotto l'egida di cinque separate cassazioni civili...», con apprezzabili varietà regionali (*Storia del diritto di famiglia*, cit., pp. 202-203). Nota inoltre la difesa di un ordine familistico, o paternalistico, in molti statuti di associazioni, di cooperative, etc. (*ibidem*, pp. 187-188). Tali spunti di ricerca confermerebbero in ogni caso che l'allarme dei contemporanei era fenomeno essenzialmente culturale, e non corrispondeva a intensi mutamenti sociali in atto.

24 A. MARRACINO, *Patria potestà*, cit. p. 739.

Le testimonianze in tal senso sono numerose. Presentando nel 1897 a un congresso giuridico le riforme da introdurre all'istituto della tutela, un magistrato, Giuseppe de Marinis, segnala che «la questione della educazione dei minorenni sarebbe risoluta solamente a metà, se provvedimenti speciali non si adottassero anche a riguardo dello esercizio della patria potestà». Questione delicata, «visto massimamente il disparere di uomini eminenti intorno alla indole attuale di questo istituto, desiderando alcuni che si ritorni allo antico rigore, almeno per alcuni diritti del padre di famiglia, ed altri che si progredisca ancora nella attenuazione dell'autorità paterna»[25]. Nello stesso periodo, Manfredi Siotto-Pintor, figlio di Giovanni, magistrato e senatore, che pure aveva partecipato al dibattito sul codice civile trent'anni avanti, giurista forse di non grande levatura, certo eccentrico ed ondivago più del padre, e tuttavia presente nel dibattito giuridico, prende le mosse dalla «considerazione del deplorevole stato di depressione morale, manifestatasi in un grossolano epicureismo in cui versa la gioventà nostra, il nostro popolo», e che egli attribuisce «alla deplorevole tendenza moderna ad allontanare, quanto più presto ed efficacemente possibile, i giovani rampolli dal seno della famiglia», da tutto ciò trae le mosse, per proporre una «riforma sociale» restaurativa basata sulla revisione degli istituti successori, e sulla quale torneremo[26].

Si tratta di permanenze, o di contro-tendenze che si possono supporre alimentate ulteriormente dalla guerra e dai conflitti sociali che seguirono, fino a sfociare in una più diffusa ricerca d'autorità rappresentata dal fascismo. Se è consentito il salto cronologico, ci pare dunque significativo che la relazione al

[25] Cfr. *IV congresso giuridico nazionale (Napoli 1897)*, Napoli 1899, II, p. 222.

[26] M. SIOTTO PINTOR, *La riforma sociale in Italia più particolarmente considerata ne' suoi rapporti coi problemi della pubblica e privata educazione e della libertà di testare. Tentativo di critica e di ricostruzione*, Firenze 1894, pp. 23-24. P. GROSSI, *«La scienza del diritto privato»*, cit., pp. 79, 88, lo dice libro bizzarro e modestissimo. Sulla figura del padre cfr. Istituto per la storia del Risorgimento Italiano. Comitato di Cagliari, *Giovanni Siotto Pintor e i suoi tempi. Giornata di studi*, Cagliari 1985.

titolo IX del libro I nel progetto di riforma del 1930 sulla patria potestà fosse affidata a un romanista, Pietro Bonfante. «Forse 'imprigionato' dalla sua preminente natura di storico incline a larghe ed organiche ricostruzioni – scrive di lui il Bonini – ... e indotto, di conseguenza, ad una visione 'antica' (e si direbbe quasi 'monarchica') dei poteri del *pater familias*, impostò il suo progetto, e la relazione, addirittura ad un ritorno a modelli anteriori al codice del 1865» che auspicavano un deciso rinvigorimento della patria potestà, e che peraltro non furono accolti dalla commissione[27].

Quali che fossero le soluzioni proposte nel caso specifico, esso ci mostra che il dibattito sugli istituti di diritto familiare all'inizio segnalò una forte incertezza nell'accettare la soluzione «addolcita» della patria potestà – e nell'attribuirla anche alla madre –, e ruotò in seguito attorno alla denuncia di un allentamento dei vincoli familiari e di parentela generalmente ritenuto assai pericoloso e bisognoso di interventi di sostegno. La direzione di questi interventi tuttavia non era né poteva essere chiara proprio a causa della difficile collocazione dell'istituto familiare nell'orizzonte borghese, una collocazione che poco si giova della semplice opposizione tra liberalismo e autoritarismo. Quanto si è appena detto sulla prevalente interpretazione «ingentilita» della patria potestà da parte della dottrina può ad esempio esser letto sia come tutela dei diritti individuali dei figli – e in questo senso come emergenza di un soggetto individuale autonomo, sottratto alla *potestas* paterna, tanto che alcuni, come Mancini, sottolinearono in sede di discussione la necessità di garantire meglio i diritti dei figli contro decisioni autoritarie dei genitori consentendo loro di appellarsi al tribunale, come stabiliva il codice austriaco[28] – sia anche come riconosci-

[27] R. BONINI, *Disegno storico*, cit. pp. 65-66.

[28] L'intervento del tribunale era previsto solo da parte del padre, che poteva richiamare forzatamente il figlio allontanatosi da casa. L'unico caso di prevalenza dell'interesse pubblico sulla *potestas* paterna riguardava l'arruolamento nell'esercito nazionale: in questo caso cessava l'obbligo di non abbandonare la casa paterna. Il che forse ebbe qualche incidenza sui comportamenti patriottici di molti giovani.

mento di una pretesa del figlio che in questo senso erode l'assolutezza dei poteri paterni e li sottopone all'imperio di vincoli familiari; una tematica, come vedremo, che emerge anche nella discussione sulle norme successorie e che ripropone irrisolto il problema della compatibilità del principio individualistico con quelli familiari.

Ancor più rivelatore di queste ambivalenze si rivela l'istituto assai prossimo alla patria potestà, quello della tutela. Anche in questo caso, l'ordinamento afferma allo stesso tempo la sua preferenza 'privatistica' per l'autogoverno familiare e l'interesse collettivo alla salvaguardia dei minori rimasti privi di genitori. Inutile dire che gli antichi stati italiani avevano larga e variegata esperienza di magistrature e di istituzioni investite della materia familiare, che non a caso si presentano oggi agli storici come un vasto campo di indagine in cui si perde la distinzione stessa tra privato e pubblico, tra famiglia e collettività[29]. Se, come questi studi tendono a sottolineare, si può vedere nella vicenda italiana moderna un esempio di accentuata presenza del 'pubblico' nella sfera familiare, rispetto a quella esperienza il sistema adottato dal codice del 1865 esprime una tendenza 'privatistica', o quantomeno 'familistica', nel senso che i codici italiani postnapoleonici avevano recepito l'istituto francese del consiglio di famiglia, al quale spettava il compito di affiancare il tutore nominato dal coniuge superstite, o, in mancanza di disposizioni testamentarie, procedere a nominarlo[30]. Ciò aveva significato la

[29] Tra le opere più recenti sull'argomento, si vedano *Ragnatele di rapporti. Patronage e reti di relazione nella storia delle donne*, Torino 1988; G. CALVI, *Il contratto morale. Madri e figli nella Toscana moderna*, Bari-Roma 1994; A. GROPPI, *I conservatori della virtù. Donne recluse nella Roma dei papi*, Bari-Roma 1994; M. PELAJA, *Matrimonio e sessualità nella Roma dell'Ottocento*, Bari-Roma 1994.

[30] Una brevissima nota di M.T. SILLANO, *Il Consiglio di famiglia nel Codice Napoleone*, in «Archivio storico lombardo», serie X, CI, 1976, oltre a riassumere gli articoli del *Code* dedicati all'istituzione, ci informa dell'esistenza nel fondo notarile dell'Archivio di Stato di Milano di fondi documentari dai quali si desume che il consiglio di famiglia «sia stato prontamente recepito dalla società dell'epoca ed evidentemente ritenuto congeniale alle necessità del tempo, tanto da continuare ad essere convo-

fine degli appositi «magistrati dei pupilli» laddove ancora esistevano, come nella legislazione sarda. Tuttavia il sistema francese a base familiare era stato leggermente modificato nei codici italiani, nel senso che il consiglio di famiglia, formato da membri scelti automaticamente tra i familiari più prossimi dei due rami (sei nel codice delle Due Sicilie e quattro in quello italiano), era però convocato e presieduto dal pretore di mandamento e in molti casi le sue decisioni dovevano essere omologate dal tribunale civile. In altre parole, l'aumentato ruolo della famiglia era stato lievemente corretto in senso pubblicistico in modo da avvicinarlo alla tradizione locale, nonché in senso lato ai suoi modelli 'germanici', che già ispiravano, oltre che la legislazione austriaca vigente in Lombardo-Veneto, anche quelle estense, parmense e toscana, nella quale ultima l'intervento della famiglia non era nemmeno previsto come sussidiario.

Questi i modelli normativi e le norme di diritto positivo introdotte con il codice. Come si vede essi si reggevano su un delicato equilibrio tra funzione pubblica e iniziativa familiare, a proposito della quale più che mai bisogna ripetere che solo studi applicati potrebbero dargli consistenza. Leggendo qualche frammento di discussione svolta in campo giuridico nascono molti dubbi sulla tenuta effettiva delle reti di solidarietà familistiche alle quali per molto tempo hanno fatto riferimento gli storici sociali come fossero un tratto caratteristico della società 'tradizionale'[31]. A giudizio dei giuristi infatti l'intero sistema ora descritto non funzionava affatto, e di ciò ancora un volta tendevano a ritenere responsabile la generale disgregazione dei valori. Secondo Camillo Cavagnari, uno dei due magistrati che nel 1897

cato anche quando, con la restaurazione austriaca, le leggi non lo imponevano più» (pp. 348-349).

[31] Non è questo il luogo per discutere il problema. Per un diverso approccio su piano europeo cfr. comunque P. LASLETT, *Family, Kinship and Collectivity as Systems of Support in Pre-industrial Europe: a Consideration of the «Nuclear Hardship» Hypothesis*, in «Continuity and Change», 3, 1988, 2, pp. 153-175.

riferirono sul tema al congresso giuridico napoletano già ricordato[32], la situazione era grave

«per difetto di vigilanza nei magistrati, ai quali è commessa la delicata mansione, per l'incuria e il nessun affetto dei parenti, per la negligenza dei tutori, per lo scarso zelo di questi corpi morali e di quei funzionari che da leggi speciali sono chiamati a promuovere i provvedimenti di assistenza e di tutela»[33].

Andrebbe però specificato che la *ratio* stessa del modello francese, basato sul consiglio di famiglia amministratore dei beni del minore, induceva ancora una volta a pensare che la tutela riguardasse una fascia sociale ben determinata, il soggetto unico possidente, ignorando le classi popolari. Cavagnari riportava polemicamente che era opinione di alcuni pretori che gli orfani poveri non avessero bisogno di tutela alcuna solo perché... non c'erano beni da amministrare. Non stupisce allora se le statistiche riportavano che solo una percentuale modesta di potenziali tutele era di fatto aperta, mentre nell'amministrazione dei consigli di famiglia e dei tutori si lamentavano abusi e disinteresse[34].

Di qui il fatto che del tema si occupassero prevalentemente i magistrati, e che da loro venisse la pressione per una riforma dell'istituto nel senso 'germanico', che cioè conferisse

[32] Su di lui cfr. P. GROSSI, *«La scienza del diritto privato»*, cit., pp. 159-161.

[33] C. CAVAGNARI, *IV congresso giuridico*, cit., p. 235.

[34] Poiché il consiglio di famiglia si sarebbe dovuto istituire alla morte del genitore superstite, in via teorica sarebbe stato possibile calcolare quanti consigli di famiglia avrebbero dovuto esistere sulla base del movimento della popolazione. Un calcolo statistico di questo tipo portò alla conclusione che nel 1880 i consigli effettivamente nominati erano circa un decimo di quelli teorici. La stessa fonte calcolava che in Italia erano stati convocati 6.90 consigli su 10.000 abitanti rispetto ai 21.64 della Francia e ai 30.34 del Belgio. Cfr. DIREZIONE GENERALE DI STATISTICA, *Statistica giudiziaria civile e commerciale per l'anno 1880*, Roma 1883, pp. 19-21. Ho svolto qualche ulteriore osservazione in proposito in *Note sulla famiglia nel codice civile italiano del 1865. Tra individualismo, magistratura domestica e interessi collettivi*, nota presentata al colloquio su «Rechtskultur, Rechtswissenschaft, Rechtsberufe im 19. Jahrhundert», Bad Homburg, 6-8 dicembre 1993.

maggiori poteri all'autorità giudiziaria. In questa direzione si espressero i relatori al congresso giuridico ora citato, ed in particolare il Cavagnari, che auspicava un ritorno alla tradizione degli statuti, che appunto affidavano la materia ai magistrati pupillari. Secondo il magistrato milanese la legge vigente da un lato chiedeva alla famiglia una cooperazione che eccedeva le sue energie e finalità, e dall'altro non dotava l'ordinamento di strumenti sufficienti per intervenire. Cavagnari prendeva a esempio la legge prussiana del 1875, che istituiva un giudice tutelare unico. Non si dica – rispondeva ai suoi critici – che così si idebolisce la famiglia; l'indebolimento era un fatto compiuto, e non restava che prenderne atto e contrastarlo; l'esperienza delle corti mostrava che i congiunti dei pupilli non si prestavano ad adempiere i loro compiti, e che l'indifferenza dei consigli di famiglia era «ormai proverbiale».

La stessa maggior capacità di intervento e controllo da parte del magistrato doveva investire secondo Cavagnari anche la patria potestà. Come si è visto, anche l'altro relatore de Marinis, che da parte sua aveva dettato norme tecniche che aiutassero a correggere la larga inapplicazione dell'istituto della tutela consentendo al pretore di conoscere l'andamento delle situazioni familiari e di esercitare «una rigorosa sorveglianza», riteneva che la riforma sarebbe stata incompleta se al magistrato non fosse stato consentito di sorvegliare anche l'esercizio della patria potestà nella prospettiva già delineata da Mancini in sede di discussione parlamentare. Ma aggiungeva di non volere con ciò entrare nella sfera privata delle famiglie; solo ciò che cadeva sotto il dominio della pubblica notorietà avrebbe dovuto essere oggetto dell'intervento del magistrato.

Nel momento stesso in cui affermava la necessità di un intervento più incisivo del magistrato nell'ambito familiare, de Marinis si affrettava a segnarne i limiti con grande cautela. Dobbiamo sempre ricordare che la posizione assunta dallo stato liberale a tutela della *privacy* borghese si configura infatti come rispetto dell'autonomia familiare, e dunque anche come tutela (o come codificazione normativa) delle

sue regole interne, per quanto esse siano basate precisamente su quelle asimmetrie che in nome del principio individualistico egualitario la legge intendeva correggere. Ma era proprio questa l'antinomia fondamentale della costituzione borghese che attraversava tutte le norme riguardanti le relazioni familiari[35].

4. Norme che stabiliscono questa tutela della sfera familiare-privata fino alla dichiarata iniquità sono quelle che mirano a difendere la famiglia patriarcale da ogni possibile contaminazione esogena. Ne sono casi tipici le norme che punivano l'adulterio femminile, quelle che proibivano la ricerca della paternità e quelle che discriminavano nettamente i figli adulterini o incestuosi.

In una società contadina da sempre attraversata da forte promiscuità sessuale e familiare e caratterizzata da alti tassi di illegittimità, queste norme danno l'immagine di una barriera levata a circondare l'integrità della famiglia borghese-possidente. Non a caso, il divieto della ricerca di paternità naturale – norma sconosciuta nella gran parte della penisola che, anche in questo caso, il codice Pisanelli importava dal *Code Napoléon* solo attenuandone un poco il rigore[36] – era presentata da Pisanelli come «tutela della stabilità e del decoro della famiglia» ed era diretta a contrastare un costume diffuso nella società borghese d'inizio Ottocento – o che tale almeno si riteneva – in cui presunti avventurieri ricattavano «uomini onorati» presentando loro i frutti di amori illeciti. Se – avvertiva Pisanelli – fosse stata ammessa la ricerca anche quando vi fosse uno scritto del padre, o una serie di cure da lui prodigate verso il figlio presunto (così

[35] Per un interessante tentativo di trattazione sistematica da parte di una giurista americana dei nostri giorni cfr. F.E. OLSEN, *The Family and the Market: a Study of Ideology and Legal Reform*, in «Harward Law Review», 96, May 1983, 7, pp. 1497-1578.

[36] La ricerca della paternità era ammessa in molti stati europei, e, nella penisola, nel Lombardo-Veneto, in Toscana, negli Stati sardi e pontifici. L'art. 189 del codice la vietava in modo assoluto, salvo i casi di ratto e stupro violento, una eccezione quest'ultima non compresa nel *Code*.

come avveniva nel codice sardo), allora «l'uomo, la cui condotta può essere la più intemerata, sarebbe esposto all'attacco di una donna impudente o di figli che a lui sono estranei...»; si sarebbe dovuti «scendere nel cuore dell'uomo e penetrare nella sede inaccessibile degli affetti umani»[37]. Di qui, ancora, l'argomentazione con la quale Pisanelli aveva proposto nel suo progetto una norma poi non accolta, cioè l'abolizione dell'adozione, che egli presentava come istituto tipicamente nobiliare, atto solenne adottato dalle grandi famiglie per creare rapporti fittizi prevalentemente a fini successori e dinastici, nonché possibile via per legittimare illecitamente figli adulterini o incestuosi[38].

Il codice del 1865 aveva sancito dunque la netta discriminazione dei figli adulterini e incestuosi, secondo una norma di ascendenza romanistica che il *Code Napoléon* aveva assunto in modo rigido, ma che già la dottrina aveva contrastato nella stessa Francia, dove se ne proponeva l'abrogazione. Ed è interessante notare che nel volume con il quale Enrico Cimbali inaugurò una stagione di aperta revisione degli assunti individualistici del codice borghese[39], uno dei punti sui quali si soffermava era proprio la necessità di rivedere una norma così iniqua nei confronti dei figli naturali ammettendo il riconoscimento e garantendo un adeguato trattamento ai figli naturali. E tuttavia, la proposta 'progressiva' di riconoscere ai figli naturali i diritti spettanti ad essi come individui, che seguiva una tendenza egualitaria destinata ad affermarsi col tempo, nella visione sociale-organicistica di Cimbali non avrebbe potuto mai intaccare le «ordinate funzioni» e la «retta costituzione» della famiglia legittima, che è «cellula fondamentale» della società. Da qui la proposta di

[37] Dalla relazione al senato del novembre 1863. Cit. in GIANZANA, I, pp. 27 e 28.

[38] Per i termini in cui Pisanelli parlò dell'adozione nelle sue presentazioni del 15 luglio e del 15 novembre 1863, cfr. GIANZANA, I, pp. 12 e 29.

[39] E. CIMBALI, *La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali con proposte di riforma della legislazione vigente*, Torino 1885. Sull'opera e sull'autore cfr. P. GROSSI, *«La scienza del diritto privato»*, cit.

obbligare sì il padre a riconoscere, educare, alimentare i figli nati fuori dal matrimonio, non escludendoli nemmeno dalla successione legittima, ma di evitare però sempre che i diritti garantiti «siano tali da costituire loro una condizione giuridica perfettamente eguale a quella di cui godono i figli legittimi»[40].

Pur con questo tipo di resistenze, che erano destinate a ripresentarsi di fronte alle proposte di riforma presentate nei decenni successivi[41], col tempo l'equiparazione sarebbe stata tuttavia raggiunta eliminando la barriera discriminante della legge. Diversi erano invece i casi in cui la legge non agiva come presidio esterno, ma varcava il confine che separava pubblico e privato per entrare direttamente nell'ambito delle relazioni familiari. E su questo terreno l'opinione libe-

[40] La tesi era sostenuta con parole estremamente appassionate: una piena eguaglianza «sarebbe un oltraggio sanguinoso recato alla famiglia legittima, le cui regolari ed ordinate funzioni se venissero usurpate da organi non adatti ed incoerenti nella loro composizione; ne deriverebbe un disordine profondo nell'organismo stesso della società in generale, la cui retta costituzione si connette direttamente alla retta costituzione della famiglia, che ne è la cellula fondamentale. Il primo forma la garanzia del diritto spettante all'individuo, il secondo la garanzia del diritto che compete alla società; entrambi i due lati parziali che servono ad integrare, nella pienezza della sua realtà organica e vivente, qualunque diritto; il quale rappresenta sempre un compromesso costante fra l'esigenze opposte dell'individuo e della società, dell'uomo singolo e dell'uomo collettivo» (E. CIMBALI, *La nuova fase del diritto civile*, cit., p. 158). «Se la società umana è un organismo, per quanto variato e complicato nei suoi organi, altrettanto regolato ed ordinato nella sue funzioni; necessità suprema di essa, come di ogni altro qualsiasi organismo in generale, richiede che ciascuna delle sue funzioni vitali venga rigorosamente compiuta dall'organo cui si collega, e da questo soltanto, perché sol esso possiede le condizioni adatte all'esercizio della funzione. Ora la funzione riproduttiva ed educativa della specie compete unicamente alla famiglia, costituita qual'è, nelle condizioni odierne della civiltà, sulla base dell'unione monogamica con vincolo perpetuo ed indissolubile...» (*ibidem*, pp. 159-160).

[41] Sulle varie proposte di riforma sulla ricerca della paternità naturale presentate tra il 1909 e il 1914 cfr. quanto osserva G. FRIGIUELE, *La «Rivista di diritto civile»*, cit., pp. 549-50: «tutto, in definitiva, congiurava perché, nel sovrapporsi dei contributi e delle iniziative, il raggiungimento di risultati concreti divenisse progressivamente più lontano».

rale era assai prudente ed incerta, manifestando apertamente il timore che l'ingresso della legge nella sfera privata fosse di per sé destinata a provocare squilibri irreparabili. Si è appena citato a questo proposito il parere di quel magistrato, Giuseppe de Marinis, che pur ritenendo necessario un più incisivo controllo dell'esercizio della patria potestà, dichiarava poi che esso si sarebbe dovuto esercitare solo sul terreno della pubblica notorietà. Si è visto anche che Pisanelli non poteva concepire che con la ricerca della paternità la legge potesse «scendere nel cuore dell'uomo». Ma era questo un motivo ricorrente di cui si troverebbero ripetute affermazioni in tutto il dibattito sul codice.

Limitiamoci ad un esempio minore, che tuttavia contiene più di una indicazione al riguardo. In tema di consenso dei genitori al matrimonio, venne fissata la maggiore età (21 anni) senza distinzione di sesso, e fu quindi rigettata l'idea di conservare l'«atto rispettoso» che i figli maggiorenni erano tenuti a chiedere formalmente ai genitori dissenzienti prima di sposarsi[42]. Argomentando quesa proposta, Pisanelli sostenne che l'atto formale non avrebbe avuto alcuna efficacia, in quanto non vincolante («Ognuno deve sentire quanto sia poco conveniente l'obbligo che impone la legge di chiedere un consiglio quando la legge stessa dà il diritto di spregiarlo»)[43], e soprattutto che la forma legale, ben lungi dal produrre gli effetti concilianti che ci si sarebbero potuti aspettare da un intervento privato, avrebbe semmai ulteriormente esasperato il conflitto[44]. Il ricorso alla legge, dichiara-

[42] Così nel codice del regno delle Due Sicilie (artt. 166 ss.), dove la maggiore età si acquistava a venticinque anni dai maschi e a ventuno dalle femmine. A questa età, con apposito atto notarile i figli dovevano «chiedere con atto rispettoso e formale il consiglio del padre e della madre», da ripetersi di ogni mese per tre volte se non fosse seguito dall'annuenza dei genitori. Solo allora, scaduto un altro mese dopo il terzo atto, il matrimonio poteva essere celebrato.

[43] Nella relazione al Senato del 15 nov. 1863. Cfr. GIANZANA, I, p. 22.

[44] «Se i genitori possono mutare di parere, e consentire ad un matrimonio, che dapprima disapprovavano, ciò può ripromettersi dai buoni uffizi di persone congiunte od amiche, ma non mai dall'intimazione di un atto rispettoso fatta da un pubblico uffiziale, intimazione che racchiude

to in quel caso del tutto controproducente, era invece ammesso nell'ottica di tutelare la posizione più debole. Se i figli erano minori, il ricorso contro il denegato consenso dei genitori al matrimonio era infatti ammesso solamente da parte della figlia, giacché sembrava che in quel caso dovesse essere tutelato il suo interesse ad accogliere una occasione matrimoniale favorevole contro il volere dei genitori. In quel caso il ricorso doveva avvenire «non però direttamente, ma per mezzo dei parenti e del pubblico ministero»; ciò secondo Pisanelli aveva due importanti vantaggi:

> «quello di non porre la figlia in aperto e personale contrasto giuridico coi genitori e quello di non ammettere il richiamo senza un'apparenza di ragione, non potendo supporsi che i parenti o il Pubblico Ministero presentino un richiamo sfornito di giusti motivi»[45].

Lo stesso criterio – la tutela del più debole – ammetteva l'intervento della legge nei rapporti tra coniugi. Il codice abolì infatti l'obbligo delle dote, ma conservò gli articoli che recepivano la tradizionale proibizione di alienare i beni dotali, una norma che tutelava le donne, con ciò anche inevitabilmente fissandone la condizione subalterna. Non a caso tra i progressisti c'era chi chiedeva l'abolizione dell'inalienabilità non soltanto in nome della piena capacità della donna moderna di tutelare i propri interessi, ma anche segnalando in questo senso l'inefficacia dell'eccezione prevista dalla legge, che ammetteva fosse chiesta al tribunale l'autorizzazione a vendere. In questo senso si esprimeva Alfredo Tortori nel 1893 nella sua «Scienza del diritto privato», che dopo avere esposto tutte le consuete ragioni dell'egualitarismo («Sulla donna odierna non può più pesare un'eterna tutela...»), notava quanto fosse inefficace, se non controproducente, il ricorso al giudice, dato che si verificava quotidianamente «il caso di coniugi, che pur di strappare dal tribunale la desiderata autorizzazione, adducono ragioni assolu-

sempre in sé stessa qualche cosa di odioso e di irritante». GIANZANA, I, pp. 22-23.

45 Dalla relazione al Senato del 15 nov. 1863. Cit. in GIANZANA, I, p. 23.

tamente immaginarie...»[46]. In quel caso, il tribunale si rivelava incapace di intravvedere e giudicare cosa si celasse dietro l'accordo tra coniugi.

Ecco dunque i temi di fondo che variamente si combinavano ad ogni norma del codice: il principio del pari trattamento per tutti gli individui senza distinzione di sesso, le asimmetrie funzionali interne alla società familiare, gli interventi diversamente ispirati e calibrati del tribunale all'interno delle relazioni familiari. Tra tutti gli istituti sui quali questi temi si intrecciavano in maniera più complessa è senz'altro l'autorizzazione maritale, l'istituto in base al quale la donna sposata non poteva compiere i principali atti di amministrazione dei beni parafernali né stare in giudizio senza la formale autorizzazione del marito[47]. La difficoltà di inserirlo nel quadro codicistico fu sottolineata in questo caso dagli stessi contrasti che ne accompagnarono l'adozione in sede legislativa. L'autorizzazione infatti non era contenuta nel primo testo presentato dal ministro Cassinis nel 1860, e dopo essere apparsa in un secondo progetto Cassinis non presentato al Parlamento, non fu compresa nei successivi progetti presentati da Miglietti e quindi da Pisanelli. Vi fu reintrodotta dal relatore al Senato Vigliani, e finì coll'essere accettata dallo stesso Pisanelli e dal Parlamento in un dibattito in cui nessuno l'appoggiò esplicitamente, ma anzi la maggior parte degli interventi fu contraria.

I motivi di fondo della diffusa ostilità verso l'autorizzazione facevano riferimento, più ancora che alla palese asimmetria di genere che essa introduceva, alla sua estraneità alla tradizione locale. Vero è che l'istituto esisteva già nei codici preunitari, ma solo in quanto questi avevano ricalcato il modello francese. Non a caso non era prevista nei due Stati

[46] A. TORTORI, *Contro la inalienabilità della dote*, in «La scienza del diritto privato», I, 1893, p. 156.

[47] Art. 134: «La moglie non può donare, alienare beni immobili, sottoporli ad ipoteca, contrarre mutui, cedere o riscuotere capitali, costituirsi sicurtà, né transigere o stare in giudizio relativamente a tali atti, senza l'autorizzazione del marito».

italiani che non avevano un codice 'francese': nel Lombardo Veneto, dove il codice austriaco conferiva alle donne eguaglianza di diritti, e in Toscana, dove si richiedeva l'autorizzazione del giudice per la firma nei contratti delle donne, anche non sposate[48]. Affermando che l'istituto era «quasi sconosciuto in Italia», Pisanelli aveva anche sostenuto che nel codice francese esso andava collegato alla comunione dei beni, che al *Code* derivava dal *droit coutumier*, e non dalla tradizione romana. In un paese come l'Italia nel quale prevaleva non la comunione, bensì l'istituto dotale o la separazione dei beni, l'autorizzazione maritale non si giustificava.

Per contro, Vigliani sostenne con decisione la reintroduzione dell'istituto certo non senza vedere le disparità di trattamento che così si introducevano tra le donne sposate da un lato e dall'altro le nubili, o le mogli di mariti interdetti o carcerati, o quante esercitassero la mercatura, etc., tutti casi nei quali la legge riconosceva le capacità negate alle donne sposate[49]. Affermò, innanzitutto, che l'istituto era tutt'altro che estraneo alla tradizione locale, e sostenne che non era affatto vero che in Lombardia la sua abolizione avesse fatto buona prova. Dichiarava in ciò d'appoggiarsi all'autorità di Carlo Francesco Gabba, ed in particolare agli *Studi di legislazione civile comparata in servizio della nuova codificazione italiana*, comparsi a Milano nel 1862. Per la verità in quella raccolta di saggi, così come nel volume apparso l'anno avanti sulla condizione giuridica della donna, del quale abbiamo già citato la seconda edizione, Gabba – che era allora avvocato e professore di filosofia del diritto a Pisa – forniva ben pochi elementi a sostegno della sua tesi; e contro coloro che elogiavano l'esperienza lombarda si limitava a rispondere:

[48] Nello stesso senso il codice albertino per l'isola di Sardegna.

[49] È questo invece l'elemento più volentieri sottolineato dagli storici, che nell'ottica di una interpretazione egualitario-progressista, segnalano il carattere 'anacronistico' dell'autorizzazione maritale (F. BONINI, *Disegno storico*, cit., p. 23), o la «contraddizione assurda» che nasceva dalla differenza di trattamento (A. AQUARONE, *L'unificazione legislativa*, cit. p. 44).

«Questo argomento riesce al certo privo di consistenza, ove riflettasi che i giureconsulti pratici lombardi hanno più volte deplorato le funeste conseguenze di quella legge, e che del resto ella fu quasi sempre sfornita di vera importanza pratica, atteso l'inconcusso impero di inveterate abitudini giuridiche, ispirate da principii affatto diversi»[50].

Ma se non forniva altri elementi di fatto alla discussione, Gabba era stato assai fermo nell'unire una radicale difesa dell'eguaglianza dei sessi in ordine ai diritti civili – così da guadagnarsi una duratura fama di illuminato, come già si è notato – una altrettanto ferma convinzione che quella eguaglianza non riguardasse i diritti politici, ed inoltre che le donne dovessero sottostare a precise limitazioni durante il matrimonio, prima fra tutte quelle riguardanti la sottoposizione all'amministrazione maritale di ogni sorta di loro beni. Gabba non considerava espressamente l'istituto dell'autorizzazione maritale perché non lo trovava nel progetto Cassinis che egli intendeva commentare, ma dichiarandosi sostenitore del regime dotale dichiarava inaccettabile che un regime patrimoniale diverso fosse concesso riguardo ai beni parafernali, che pure andavano amministrati dal marito, pena «nelle famiglie un pericolo costante di disaccordo fra i coniugi, di licenze d'ogni genere delle mogli, che sono rovina della pace, dell'ordine, e della prosperità famigliare». «Una tale opinione, aggiungeva, potrà esser detta da qualcuno illiberale, ma non ci commuoverebbe questa taccia, perché non ci commuovono sole parole e formole vaghe»[51]. Del resto, pubblicando i suoi studi egli aveva inteso contribuire alla formulazione del codice italiano – che in quel momento non pensava potesse sortire altro che da una attenta disamina delle tradizioni giuridiche nazionali – e quindi evitare

[50] C.F. GABBA, *Studi di legislazione civile comparata*, Milano 1862, p. 97. Al solito, solo studi di storia sociale qui più volte auspicati potrebbero far procedere la discussione. M.T. SILLANO, *Il consiglio di famiglia*, cit., suggerisce che l'esistenza in archivio di autorizzazioni maritali per il periodo austriaco sembrerebbe dimostrare che la pratica, introdotta dai francesi, avesse messo radici.

[51] *Ibidem*, p. 92.

che nel nuovo testo vi fossero retaggi di antiche ingiustizie riguardo ai diritti delle donne, ma anche indagare «se in qualche punto non vi si abbia per avventura ecceduto in un senso contrario alle odiose restrizioni antiche, imperocché vi hanno pericoli anche di ciò in certe recenti dottrine, suggerite più da sensuale fantasia che dalla ragione...»[52].

Da qui forse la successiva fortuna di quei suoi interventi, che dettarono con lucidità le linee portanti del discorso liberale italiano: 1. rigetto deciso di una naturale minorità delle donne, che non poteva trovare collocazione nell'assetto egualitario dato dal codice all'intera sfera dei rapporti privati; 2. distinzione tra diritti privati-civili e diritti pubblici-politici; 3. distinzione tra titolarità dei diritti e loro esercizio; 4. distinzione, ancora, tra condizione giuridica della donna in quanto tale e della donna nella condizione coniugale. Ovviamente, che i confini fossero enunciati con precisione non significa che essi fossero sempre altrettanto precisamente individuabili; che ad esempio i confini tra sfera privata e sfera pubblica si rivelassero assai critici lo mostrano, prima ancora delle questioni sorte in ordine alla cittadinanza politica delle donne, già gli articoli del codice civile che in via di principio le escludevano dal consiglio di famiglia, «perché – spiegò Pisanelli – il principio di eguaglianza civile tra maschi e femmine, dal quale è informato il progetto, non sembrò doversi estendere sino ad ammettere per regola la donna all'esercizio di un pubblico ufficio»[53]. Se quell'ufficio era pubblico in quanto attinente a materia patrimoniale e rispondente a un interesse sociale collettivo, l'esclusione delle donne – che lo stesso codice ammetteva alla tutela – era talmente paradossale che lo stesso codice faceva poi eccezione per la madre, le ascendenti, nonché le sorelle germane non maritate. E ciò in quanto «spesso queste donne, aggiunse Pisanelli, a cui venne meno l'occasione

[52] *Ibidem*, p. 59.

[53] Dalla citata relazione al progetto del primo libro del 15 nov. 1863. Cfr. GIANZANA, I, p. 39.

propizia del matrimonio concentrano tutti i loro pensieri, i loro affetti e le loro cure nella famiglia in cui nacquero»[54].

A questa impostazione, che piegava l'individualismo del codice ad una interpretazione francamente conservatrice in senso organicistico, l'argomentazione di Vigliani aggiungeva argomenti ulteriori che val la pena di segnalare. Egli affermò infatti che quanti tra gli oppositori dell'autorizzazione maritale si rifacevano alle tradizionali capacità femminili nell'amministrare i loro beni non tenevano conto del fatto che quelle tradizioni riguardavano società nelle quali la proprietà stradotale aveva minimo rilievo.

«Ben si comprende come là, dove sia dominante e quasi esclusiva la regola dotale fra i coniugi, dove le donne si costituiscono d'ordinario in dote quei pochi beni onde sono provviste, il precetto dell'autorizzazione maritale non può avere che una ristrettissima applicazione, e per questo motivo rimase fuori delle leggi e degli usi di alcuni paesi, dove le donne escluse da ogni successione non recano generalmente al marito che la loro dote»[55].

Proprio il regime egualitario e la stessa evoluzione dei costumi rendevano la donna proprietaria a pieno titolo di beni parafernali che col tempo sarebbero stati sempre più consistenti, e quindi «destinati, al pari di quelli del marito stesso, a mantenere, educare ed istruire la prole»[56]. Era dunque proprio la nuova individualità femminile a richiedere che fossero enunciati dalla legge i principi che dovevano regolare i rapporti interni alla famiglia. In questo senso l'autorizzazione non era «un semplice omaggio d'ossequio al capo

[54] Che poi le donne, escluse per principio dai consigli di famiglia ed incluse per eccezione, ne fossero escluse di fatto per comune pratica sociale lo mostra l'analisi di casi concreti condotta per Napoli da P. MACRY, *Ottocento. Famiglia, élites e patrimoni a Napoli*, Torino 1988, pp. 39 ss.

[55] Relazione senatoriale 16 giu 1864, GIANZANA, I, p. 201.

[56] Anche in questo caso, gioverebbe una qualche conoscenza sul carattere e dimensioni dei patrimoni femminili ottocenteschi. Ho tentato un primo sondaggio in questa direzione in *Donne e patrimoni*, in A. GROPPI (ed), *L'economia delle donne*, Bari-Roma, di prossima pubblicazione.

della famiglia, come taluno ha pensato, ma è una regola d'ordine, d'armonia e di conservazione nella economia domestica»[57].

Furono questi orientamenti a far accettare l'istituto e a rimanere poi prevalenti nella sua interpretazione. «In forza del matrimonio – si legge in un manuale del tempo – si costituisce la famiglia che è una piccola società, la quale come ogni altra società, ha leggi proprie ed un capo che la governa»[58]. Ciò posto, altra questione riguarda la natura delle «leggi proprie» alla società familiare, che alcuni già allora descrivono con la metafora della repubblica ed altri con quella del regno. Nella sua relazione, Vigliani era stato esplicito su questo punto, evocando la «protezione che il marito deve alla moglie», la «deferenza che la moglie deve al marito», e infine «quella unità e comunione individua di tutte le cose della vita, in che è riposto il carattere più essenziale della società dei coniugi». In immagini come queste, che sono del tutto coerenti con l'organicismo di Gabba, è inevitabile che l'idea di una naturale *diminutio* della donna, di una minorità *ob infirmitate sexus*, di una classica *imbecillitas animi*, respinta con fermezza da tutti gli autori come arcaismo incompatibile con la modernità del codice, riaffiori carsicamente e non senza evidenti contraddizioni, ripresa del resto a gran voce da tanti esponenti della cultura borghese, non necessariamente la più retriva, se si pensa a Proudhon o a Comte. L'autore appena citato, il Ricci, dopo avere negato che nell'ordinamento italiano l'autorizzazione si basasse su una «naturale incapacità della donna derivante dalla debolezza del suo sesso», dichiarava poi che «capo naturale della domestica società è il marito, perché la sua forza, la sua attività e la sua intelligenza prevalgono su quella della donna». A partire da una premessa giuridica di tipo egualitario, l'opinione corrente recuperava insomma valori e forme tradizionali di

[57] Dalla relazione presentata al senato il 16 giugno 1864. Cit. in GIANZANA, I, pp. 200-202.

[58] Si tratta di RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, Torino 1877, p. 234, che cito però da M. BESSONE-E. ROPPO, *Il diritto di famiglia*, cit., p. 133.

asimmetrie di potere a base naturalistica – come appunto quelle che legano protezione e deferenza – allorché doveva dettare le norme che regolavano i rapporti tra i membri della società familiare. Solo la pratica si sarebbe incaricata di delineare concretamente i contenuti e le interperatzioni prevalenti sul piano sociale, come su quello dottrinario e forense.

Provava a darne conto, subito all'indomani dell'applicazione del nuovo codice alla Lombardia, un avvocato di Milano, Antonio Scotti, che sposando anch'egli appieno l'interpretazione corrente, in base alla quale la legge italiana in nessun modo fondava l'autorizzazione su una minorità naturale della donna, trascriveva poi l'incertezza della prima applicazione giurisprudenziale, soprattutto in relazione al ruolo svolto dai tribunali. Infatti il codice italiano, oltre a ridurre rispetto al francese i casi in cui l'autorizzazione era necessaria, elencandoli tassativamente[59], aveva poi aggiunto che nei casi in cui il marito fosse stato minore, interdetto, assente, condannato... etc., l'autorizzazione semplicemente non era necessaria; ne conseguiva non soltanto che – secondo l'impostazione generale del codice – ogni atto non previsto era consentito, ma soprattutto che non invocandosi, come nel francese, l'autorizzazione del tribunale in quei casi di impedimento del marito, doveva confermarsi che l'autorizzazione, sia quella del marito che quella del tribunale, era davvero intesa soltanto a regolare i rapporti tra coniugi, e non a tutelare un soggetto incapace. In realtà si aprivano così vasti margini all'interpretazione giurisprudenziale circa la natura e l'estensione degli atti che non richiedevano autorizzazione (come quelli di acquisto, divisione, locazione, etc.), nonché sui casi e motivi dell'intervento del tribunale, che secondo l'art. 136 era richiesto «se il marito ricusi l'autorizzazione alla moglie, o se trattisi di atto nel quale siavi opposizione d'interesse, ovvero se la moglie sia legalmente separata per sua colpa, o per colpa del marito, o per mutuo consenso». Su questo punto Antonio Scotti, commentando una prima,

[59] Cfr. *supra*, n. 47.

contraddittoria giurisprudenza in materia, rilevava che l'intervento del tribunale essendo richiesto solo nel caso di «opposizione di interesse», e non di un semplice interesse del marito – come disponevano i codici albertino e parmense – se ne doveva concludere che l'autorizzazione giudiziale non era necessaria «se non quando gli interessi dei coniugi sieno in aperto conflitto, collisione, quando insomma l'atto ridonda di aggravio all'uno dei due coniugi, o è fatto in suo odio e contro di lui...». Il tribunale dunque non sostituiva il marito-tutore, ma doveva regolare un conflitto insorto nell'ambito privato delle relazioni coniugali, un conflitto lacerante ed effettivo, non potenziale e fisiologico, come quello che corre ad esempio tra acquirente e venditore, tra locatario e locatore, e così via.

Dietro la casistica giudiziaria e la battaglia sull'interpretazione della norma rimaneva l'incertezza su uno dei temi di fondo da noi segnalati: quale fosse l'efficacia dell'intervento pubblico di fronte alla tensione dei rapporti privato-familiari. In sede interpretativa, non mancava chi, pur ammettendo l'istituto dell'autorizzazione maritale come eccezione alla regola paritaria, dichiarava però di ritenere incongruo il ricorso al tribunale, giacché di fronte alla ricusazione del marito la donna avrebbe dovuto riacquistare la sua capacità naturale come di fronte al coniuge indegno, interdetto o minore[60]. Ma era questa una interpretazione che disconosceva l'opportunità stessa dell'intervento pubblico nel conflitto familiare, ritenuto socialmente o moralmente pericoloso. Era anche per questo che Pisanelli aveva inizialmente escluso l'autorizzazione maritale, e il conseguente ricorso al tribunale in caso di diniego:

> «se la concordia regna fra i coniugi, tutti gli atti saranno regolati per consiglio comune; ma se vien meno la pace domestica, l'autorizzazione maritale diventa un'arma di violenza nelle mani del marito; la moglie cercherà rifugio nei Tribunali, e l'ultima scena di questa disposizione della legge sarà la separazione dei coniugi»[61].

[60] Così A. FULCI, *Della incapacità della donna maritata*, in «Archivio giuridico», V, 1870, pp. 451-53.

[61] Discorso del 15 luglio, in GIANZANA I, p. 12.

Ma a questo proposito Vigliani aveva replicato dichiarandosi convinto che «il consenso maritale sarà sempre richiesto spontaneamente dalla moglie, che vive in buona armonia col marito», mentre «se tale armonia fosse sparita o turbata, allora importa che appunto il marito abbia in mano il mezzo di impedire che i dissidii dei coniugi non tornino a fatale rovina della fortuna domestica». Inoltre, Vigliani riportava l'unanime favore all'autorizzazione espresso dalle superiori magistrature interpellate dal ministro Cassinis, ed in particolare citava «la sagace osservazione» della corte di Cassazione di Milano che riproponeva la lettura dell'autorizzazione giudiziale in chiave protettiva:

«Tolta la necessità di un intervento tutorio del giudice, quando si trattasse di affari nei quali il marito avesse interesse, col pretesto di emancipare la donna, la si fa schiava dei capricci di un marito scialacquatore e speculatore arrischiato. La moglie convivente nulla potrà ricusare ad un marito, il quale le domandi d'impegnare i suoi beni ed il suo nome, quando non abbia più il riparo della necessità di far esaminare dal giudice la convenienza dell'impegno. Posta al bivio di sacrificare il suo patrimonio, ed anche l'avvenire de' suoi figli, o di perdere la pace domestica, la moglie si rassegnerà sempre al sacrificio»[62].

E lo stesso Pisanelli, che aveva detto l'istituzione «quasi sconosciuta in Italia», aveva finito poi coll'acconsentire a queste argomentazioni facendosi ad un tratto convinto che l'autorizzazione vigeva «nella grande maggioranza del popolo italiano», che i pareri sul caso lombardo erano difformi e meritavano nuovi studi, che, infine, «se si abolisse l'autorità maritale, ove altri freni, che la civiltà sola può dare, non soccorressero al suo difetto, la famiglia rimarrebbe grandemente scossa, e forse turbata»[63].

Anche l'autorizzazione maritale poteva dunque essere sostenuta in rapporto e come conseguenza dello statuto egualitario dell'ordinamento, per gli stessi motivi che avevano tra-

[62] Relazione Vigliani al Senato, in GIANZANA, I, p. 202.

[63] Dall'intervento pronunciato alla Camera nella discussione del febbraio 1865, cit. in GIANZANA, II, pp. 110-111.

sformato la patria potestà da dominio del padre sul figlio nell'obbligo di tutela e di assistenza. In entrambi i casi, molte argomentazioni miravano non a raggiungere una equiparazione dei soggetti, secondo l'impostazione individualistica ed egualitaria, bensì a sostenere la natura societaria dell'istituto familiare, secondo linee ad un tempo conservatrici e sociali – o, se si preferisce, organicistiche – che variamente chiamavano in causa opportunità e limiti dell'intervento dei poteri pubblici.

5. Gran parte delle tematiche fin qui sollevate si ritrovano a pieno titolo nel discorso sul diritto successorio, il settore per noi più critico del diritto privato e di fronte al quale dobbiamo fermarci proprio per la sua pervasività e la sua essenzialità costituzionale. Qui i valori familiari si confrontano paradigmaticamente con la dimensione 'assoluta' del diritto proprietario individuale, che a sua volta rimane per tutto l'Ottocento il fondamento della legge civile[64]. Vero è che oggi di quel paradigma rimane ben poco; demistificato come irrealistico e mitologico il soggetto unico del diritto, messo sotto accusa il «terribile» carattere classista del diritto proprietario, rivalutate le voci che già nell'Ottocento difendevano «altri modi di possedere»[65], il diritto proprietario

[64] Certo non occorre fornire rinvii a sostegno dell'affermazione, se non per sottolineare l'enfasi che vi dedicano i testi dell'epoca. «Basta volgere un semplice sguardo al codice civile per convincersi che la proprietà sia il subietto proprio di quel codice», scriveva Pisanelli nel primo commentario del codice (lo cito da A. AQUARONE, *L'unificazione legislativa*, cit., p. 37). La scuola dell'esegesi prosegue su quella strada. Agli inizi del nuovo secolo Giuseppe Piola imposta le nozioni generali della voce *Proprietà* sul *Digesto* in senso rigidamente spenceriano, piegando la storia millenaria dell'istituto alle esigenze di una evoluzione dalla proprietà collettiva verso la proprietà individuale, «chiamata anche proprietà borghese».

[65] La demistificazione del soggetto unico è l'oggetto dell'opera citata di A.-J. ARNAUD, *Essai d'analyse structurale*. Come osserva acutamente G. TARELLO (*Cultura giuridica*, cit., p. 136), l'approccio strutturalista alle tematiche sociali mette particolarmente in rilievo le posizioni di emarginazione, ladddove quello storico tende a sottolineare le posizioni dominanti. Mi riferisco poi a S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata* (1981), Bologna 1990 e a P. GROSSI, *«Un altro modo di possedere»*, cit.

da assoluto che era è divenuto assai relativo, e tutto da ricondurre a contesti storici specifici. E tuttavia, anche di fronte a queste revisioni degli assunti borghesi, quale fosse l'intreccio che legava, sia nelle concezioni dottrinarie che nelle norme e nelle pratiche giuridiche, tale individualismo proprietario con la protezione accordata dalle leggi ai legami familiari non è divenuto oggi più chiaro di quanto non lo fosse ieri, quando non a caso il ministro Pisanelli nel presentare il primo progetto di codice esprimeva forti dubbi sulla opportunità di includere nel codice «proprietario» il libro primo, riguardante la famiglia[66].

Ancora una volta prendiamo spunto da una affermazione di Carlo Francesco Gabba, che nel 1887 scriveva:

«La proprietà privata e individuale è certamente *opportuna* anche come base indispensabile della famiglia. Imperocché, oltre all'essere la responsabilità verso la moglie e i figli potentissimo incitamento al lavoro produttivo, al risparmio e all'accumulazione dei prodotti, anche la stessa autonomia e indipendenza della famiglia, base di ogni libertà civile e politica, non si può comprendere senza libertà del possesso privato e individuale»[67].

L'attenzione del giurista-filosofo era rivolta in quel contesto all'analisi non della famiglia, e tantomeno del diritto successorio, bensì della proprietà privata come valore da contrapporre alle dottrine socialistiche, con una argomentazione retorica assolutamente consueta, che identifica codice civile, proprietà e costituzione liberale. La sfida socialista –

[66] Per la frase di Pisanelli posta qui in epigrafe, notissima e frequentemente citata dai giuristi, si veda GIANZANA, I, p. 6. Naturalmente l'incertezza espressa da Pisanelli è alle radici del pensiero costituzionale borghese, da Hegel a Kelsen, il quale una volta stabiliti i principi di distinzione tra diritto privato e diritto pubblico, specifica che essa non si può applicare a tutte le norme, ed in particolare non a quelle di diritto familiare. Cfr. H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano 1966[5], p. 210.

[67] C.F. GABBA, *Delle odierne dottrine intorno al diritto di proprietà*, in *Intorno ad alcuni più generali problemi della scienza sociale*. Conferenze di C.F. Gabba nella scuola di scienze sociali in Firenze, III serie, Bologna 1887, p. 72.

negatrice, oltre che della proprietà privata, del principio di eredità – rendeva più stretto il legame tra i due termini e costringeva a riaffermare il valore stesso di quel principio. Si veda ad esempio l'*incipit* di uno «studio critico di legislazione comparata» sulle successioni legittime comparso nel 1870 sulle pagine dell'«Archivio giuridico»:

«La legge civile per non rendersi complice delle teoriche dissolventi socialiste e comuniste, ha posto quale ultima e necessaria conseguenza del diritto di proprietà, o come conseguenza d'un ben regolato Codice civile, il diritto di disporre delle cose proprie pel caso di morte...»[68].

L'inciso antisocialistico, ricorrente nel discorso del tempo, aiutava a rafforzare il nesso tra proprietà e successione in maniera paradigmatica. Ciò che semmai ci interessa nel passo citato di Gabba, è il modo in cui si dispongono i soggetti sociali, laddove si evince che lavoro, risparmio, accumulazione, i valori dell'etica individualistica borghese, ricevono dalla famiglia un impulso decisivo, mentre la libertà civile e politica – che è alla base della costituzione liberale – ha le radici nell'indipendenza della famiglia, che appare a sua volta pienamente garantita dalla proprietà privata individuale. Questo intreccio, questa complementarità di valori individuali-economici e affettivi-familiari che gli storici sociali vanno oggi riscoprendo quasi come una novità dell'universo postmoderno costituisce invece il terreno proprio di tutta la discussione istituzionale del tempo e non a caso ispira l'interpretazione dominante del diritto successorio.

Operando una decisa scelta a favore della successione legittima su quella testamentaria, il codice italiano enunciava anche una delle sue principali opzioni di principio a favore della famiglia. Era una opzione puramente formale, dato che la successione legittima era nei fatti supplettiva a quella testamentaria, che nel costume rimaneva la scelta principale

[68] C. SCANDIANI, *Delle successioni legittime. Studio critico di legislazione comparata*, in «Archivio giuridico», V, 1870, pp. 297-341, 418-150; VI, 1871, pp. 406-431. Si trattava di una comparazione sistematica tra codice italiano e codice austriaco. La frase citata è a p. 297.

degli individui. Ma tale questione formale riguardava uno dei fondamenti della costituzione borghese, giacché l'affermazione dell'assoluta proprietà privata individuale in via di principio contrastava con i limiti imposti dalla legittima e non costituiva fondamento evidente per i chiamati alla successione intestata. E come non mancavano sulla scena culturale del tempo autori che ne dibattevano apertamente i fondamenti, così la questione era aperta sul terreno della stessa riforma legislativa e del dibattito politico. Tra gli autori più autorevoli che avevano portato alle estreme conseguenze questo argomento era John Stuart Mill, che nei *Principi di economia politica* aveva sostenuto che «sebbene il diritto di lascito o di donazione dopo morte rientri nel concetto di proprietà privata, il diritto di ricevere in eredità, distinto dal lascito, non rientra in tale concetto». Benché ne apprezzasse il significato democratico, Mill criticava l'istituto continentale della legittima, e sosteneva che, rimanendo garantita la piena libertà di disporre da parte di ciascuno, sarebbe stato opportuno limitare il diritto di ricevere da parte del singolo a quanto ritenuto necessario; «il di più, se esiste, io sostengo debba essere avocato a sé dalla collettività, per esser devoluto a scopi di utilità pubblica»[69].

Nella proposta di Mill, tra la piena libertà individuale e l'eventuale protezione che la collettività riservava agli interessi dei legatari non rimaneva spazio alcuno per l'automatismo dei vincoli familiari, né per eventuali pretese dei figli nei confronti dei genitori. Erano questi principi «contrattuali» ad ispirare l'individualismo possessivo della tradizione britannica, nella quale la stessa libertà di testare – oltre che di disporre in vita – era uno strumento non già per spezzare o ignorare i legami con i discendenti, bensì per rafforzarli, esercitando poteri di indirizzo, stringendo vin-

[69] J.S. MILL, *Principi di economia politica*, Torino 1954, pp. 214 e 222. «Tutto quello che i genitori debbono ai figli, e quindi tutto quello che lo stato deve ai figli di coloro che muoiono intestati, è un lascito della stessa grandezza di quello che si riconosce ragionevole nel caso dei figli illegittimi e di cadetti, quando cioè si considera soltanto la giustizia del singolo caso e gli interessi reali degli individui e della società» (*ibidem*, p. 218).

coli di dipendenza e deferenza. Il che tra l'altro spiega la coesistenza, entro l'universo individualistico-contrattuale, di pratiche maggiorascali affidate allo *strict settlement* che notoriamente avevano larga e duratura diffusione ancora nell'Inghilterra dell'Ottocento.

In fondo non molto diversamente da quanto veniva proposto con l'immagine romanistica del *pater familias*, il sistema inglese realizzava dunque l'assoluto individualismo entro una struttura familiare patriarcale che si proponeva a modello d'ordine sociale. Nulla di strano allora se tra coloro che denunciavano il grave allentamento dei vincoli familiari in Italia si trovassero degli estimatori di Mill. Manfredi Siotto Pintor, in quell'irato volume già da noi ricordato, pieno di enunciazioni violentemente antisocialistiche e antievoluzionistiche, attribuiva la sfrontatezza dei figli verso i padri, la disgregazione della famiglia, la «deplorevole tendenza moderna ad allontanare quanto più presto ed efficamente possibile, i giovani rampolli dal seno della famiglia», per l'appunto alle pretese che l'istituto della legittima alimentava nei giovani[70]. Da qui, nelle pagine di Siotto Pintor, l'esigenza tutta 'modernizzante' di realizzare appieno le potenzialità autoritarie e volitive del capitalismo individualistico e ridare ai proprietari piena autorità sui discendenti. La contraddizione intima tra individualismo proprietario e pretese familiari secondo Siotto Pintor doveva essere risolta abolendo del tutto la legittima. La proposta era stravagante come il suo autore, ma radicata nelle tensioni del tempo assai meglio di quanto non appaia ai nostri occhi. Non diversa nell'assunto di fondo, era stata anni avanti un'altra proposta egualmente radicale, ma di segno opposto, presentata nel 1872 al primo congresso dei giuristi. Ne accenna Paolo Ungari come ad un 'caso-limite', da considerare nell'ambito della letteratura frammentaria e «non di rado francamente equivoca» che all'epoca difende i diritti successori dei figli. In un intervento *Sul presente stato del figlio di famiglia* tale Guardabassi riteneva necessario che il figlio fosse considerato compro-

[70] M. SIOTTO PINTOR, *La riforma sociale in Italia*, cit., p. 24.

prietario della metà della sostanza familiare e che dunque il padre, quasi depositario e custode della quota corrispondente non ne potesse disporre e ne dovesse al figlio l'usufrutto. Tutto ciò, sosteneva il proponente, esattamente al fine di riprodurre lo stato sociale legato alla possidenza e distinguere nettamente i gentiluomini da quanti dovevano provvedere a se stessi col lavoro[71]. Se qui abbiamo l'esempio di un organicismo conservatore di ispirazione germanica, che potremmo definire corporato-familista, nella tesi di Siotto Pintor potremmo invece trovare l'esempio di un più 'moderno' individualismo radicale di sapore autoritario, magari da collegare con certa fascinazione autoritaria di fine secolo.

Quelli citati sono in effetti da intendersi come casi estremi, ma solo perché siamo entro un quadro dogmatico di tipo individualistico-liberale. Laddove così non era, come nella vicina Germania, la questione del diritto familiare e di quello successorio in ispecie era oggetto di dibattito giuridico e politico vivacissimo, in cui la lotta al modello romanistico e la difesa di una tradizione indigena muoveva partiti e associazioni di categoria attorno alla richiesta di una piena libertà di testare per i possidenti e alla riproposizione dell'istituto della «proprietà familiare» contadina, l'*Anerbenrecht*, quell'istituto prossimo all'americano *Homestead*, per il quale alla fine del secolo pure in Italia si accesero dibattiti e proposte di legge in una breve e significativa «fiammata di carta»[72].

Benché nel caso italiano rimangano sporadiche e occasionali, siffate fiammate radicaleggianti pure aiutano a compren-

[71] Cfr. P. UNGARI, *Storia del diritto di famiglia*, cit., p. 201-202.

[72] Sulla vicenda tedesca cfr. M. JOHN, *Politics and the Law*, cit. p. 113: «Germanism linked an emphasis on the family unit, special treatment for the needs of the agrarian sector, and a priority for the needs of society over the rights of the individual in an all-embracing attack on the 'Romanist' individualism on which the draft code was based». Cfr. anche le pp. 114-17, 136-39, 177 ss. Secondo Gierke la questione se dovesse prevalere la legge romana o quella germanica era questione di vita o di morte per il popolo tedesco (cit. *ibidem*, p. 136). Per la «fiammata di carta» che entusiasmò i novatori italiani cfr. P. GROSSI, *«La scienza del diritto privato»*, cit., pp. 132 ss.

dere certe sfumature della dottrina ufficiale, che in maniera più equilibrata si occupa di trovare una composizione tra opposti principi. Certo, tutti dichiaravano a gran voce l'irrinunciabilità di una piena libertà di disporre, pena il crollo dell'intero edificio.

«Il diritto di proprietà – aveva scritto nel 1870 Emidio Pacifici Mazzoni in una delle sue prime dissertazioni[73] – giusta le nostre nozioni giuridiche, appartiene al solo proprietario... di qua l'assenza assoluta di qualunque disposizione che accenni, neppure da lontano, al bisogno del consenso di parenti per la validità dell'alienazione de' beni, quantunque aviti. Lo stesso diritto di proprietà è, per principio, eziandio assoluto. Il proprietario può alienare ed anche distruggere tutto il suo patrimonio, per quanto pingue, anche a danno de' propri figli».

Che una affermazione così netta rappresentasse le stesse disposizioni del codice era forse discutibile, se si pensa che il codice proibiva la diseredazione, e conteneva delle norme minori chiaramente intese a frapporre qualche ostacolo alla dilapidazione delle proprie sostanze[74]. Ma si trattava di por-

[73] E. PACIFICI MAZZONI, *Studio storico sulla successione legittima alle XII tavole al codice civile italiano*, Modena 1870, p. 317.

[74] Scrive a questo proposito C. GHISALBERTI, *La codificazione del diritto*, cit., pp. 104-105: «la stessa vigilante tutela dei diritti familiari spinse il legislatore del 1865 a limitare o addirittura a vietare una serie di atti di disposizione patrimoniale a titolo gratuito inter vivos, impedendo così quegli eccessi in materia di donazioni che si erano palesati sotto l'impero sia del code Napoléon che di quelli unitari. Con la riaffermata prescrizione della forma solenne, cioè dell'atto pubblico, per il loro compimento; con la più rigida delimitazione della capacità di disporre e di ricevere per donazione; e con la ammissione della liberalità solo se incondizionata e avente per oggetto beni prescelti, con la esclusione, quindi, di quella riguardante beni futuri». Cimbali risolveva la delicata questione sul terreno meramente formale: il diritto di aspettativa dei familiari sui beni del defunto non verrebbe per nulla pregiudicato dalle alienazioni che il proprietario ha il potere incontestabile di fare per atto tra vivi «imperocché, o trattasi di alineazioni a titolo oneroso; e allora nulla viene a perdere la famiglia, in quanto, mediante il corrispettivo, rientra sotto una forma quel che già è uscito sotto un'altra: pretium succedit in locum rei. O si tratta invece di alienazioni a titolo gratuito; e allora la legge conferisce ai prossimi congiunti del donante... l'azione per ottenere la riduzione delle liberalità, fatte dal donante in pregiudizio delle

re una questione di principio che orientasse poi la lettura delle numerose correzioni da apportarvi. Sia pure in modo meno reciso, anche Francesco Filomusi Guelfi apriva quella parte riguardante l'eredità testamentaria della sua Introduzione ai ponderosi volumi dedicati dal *Digesto* alle successioni ribadendo che «non esiste proprietà, sia pur limitata nel tempo e in certe condizioni, che non sia alienabile... La giustificazione del testamento è quindi intimamente legata alla giustificazione della proprietà individuale»[75].

Date queste premesse, come giustificava dunque la dottrina la compresenza della proprietà assoluta e della legittima tra i principi fondamentali del codice? Era escluso recisamente da tutti che a fondamento della legittima potesse essere una germanica proprietà collettiva, idea che poteva risuonare nel dibattito come spunto retorico, secondo quanto si è detto più volte, ma che a tutti appariva «affatto estranea alle nostre tradizioni, ai nostri costumi, al nostro Codice», come si legge nella citata memoria di Pacifici Mazzoni[76]. La dottrina preferiva in maggioranza ricorrere all'immagine della volontà presunta, per la quale nella successione *ab intestato* per l'appunto si presupponeva una naturale volontà del defunto di lasciare i suoi beni ai discendenti. Costruzione anch'essa densa di passato autorevole, quella della volontà presunta, ma che poteva apparire davvero irragionevole, ennesimo artifizio retorico volto a ricondurre entro l'assolu-

rispettive quote di riserva, che ai medesimi secondo legge competono» (*La nuova fase del diritto civile*, cit., p. 208). Ma sarebbe qui necessaria una riflessione sulla storia delle norme riguardanti la prodigalità e l'interdizione. Tra le modifiche conservatrici introdotte dal Senato è l'estensione dell'interdizione al prodigo, per il quale il progetto ministeriale prevedeva solo l'inabilitazione: la forte censura al reato di prodigalità è in effetti una forma classica di protezione del patrimonio familiare. Una interessante casistica è ora offerta da P. MACRY, *Ottocento*, cit., pp. 91-107.

[75] F. FILOMUSI GUELFI, *Successione (diritto di)*, in *Digesto. Enciclopedia metodica e alfabetica*, XXII-XXIII, Torino 1889-97, I, Introduzione, p. XXI. La frase omessa aggiungeva: «Non lo è nel fedecommesso? Ma l'investito non è il proprietario. Lo sono la serie dei chiamati».

[76] E. PACIFICI MAZZONI, *Studio storico*, cit., p. 317.

to individualistico quella che era e rimaneva una limitazione imposta dalla società sulla volontà del singolo.

Semmai – ed era questa la proposta avanzata da Filomusi Guelfi nella citata Introduzione al *Digesto*, con l'avvertenza che si trattava di una posizione piuttosto fragile, e dottrinariamente originale[77] – ci si doveva rifare ad una proprietà familiare in tutt'altro senso, che non richiamasse né la proprietà collettiva dei Germani né la famiglia persona giuridica dei Romani, ma piuttosto una più attuale etica dei doveri e delle aspettative che destinava il patrimonio familiare alla salvaguardia dei valori e dei legami familiari fondamentali. Eliminati come non pertinenti i concetti giuridici di matrice germanica o romanistica, scriveva Filomusi Guelfi, «restano il concetto etico di una proprietà famigliare, ed il concetto sociale di un patrimonio di famiglia. Ora non sono questi concetti veramente giuridici, ma indicano le ragioni etiche e sociali del diritto, e la costruzione sociale del diritto successorio non può prescindere dalle regioni interne, etiche e sociali dello stesso»[78]. Da qui una coesistenza del diritto individuale di proprietà con quei doveri sociali e familiari che il legislatore italiano aveva a più riprese riconosciuto e che appunto giustificavano la superiorità della successione legittima, facendo del diritto di disporre per testamento una mera e parziale deroga all'ordine legittimo della successione.

Sembra a me che questo fosse in effetti il paradigma interpretativo corrente che nell'Italia liberale guidò il dibattito delle idee in materia successoria, e di conseguenza anche la discussione attorno ad alcune specifiche questioni che ne derivavano. Una volta postulata una qualche pretesa familiare sul patrimonio, occorreva ad esempio definire l'estensione e l'intensità delle aspettative protette, fissando tra le

[77] Sulla collocazione di Filomusi Guelfi, che Grossi segnala come «il più fine e colto scrittore di cose giuridiche che operi negli ultimi trenta anni del secolo in Italia», cfr. dello stesso, *«La scienza del diritto privato»*, cit., pp. 43-45, e N. Irti, *F.F.G. e la crisi della scuola esegetica in Italia*, in «Rivista di diritto civile», XVII, 1971, pp. 379-389.

[78] F. Filomusi Guelfi, *Successione*, cit., p. XVIII.

altre cose i criteri per computare la legittima e stabilendo i gradi di parentela ammessi all'eredità intestata.

Il problema dell'estensione delle aspettative familiari protette fu oggetto di una certa attenzione nel dibattito italiano non tanto dal punto di vista della dimensione della quota legittima (tema che pure ebbe a interessare la discussione sul codice tedesco, e che chiamava in causa grossi problemi storici riguardanti il frazionamento delle proprietà e la sopravvivenza delle aziende agrarie) quanto sotto il profilo dei gradi di parentela ammessi alle successioni intestate. Si è già accennato al fatto che con decreto legge del 1916 la norma del codice che le ammetteva fino al decimo grado – oltre il quale le successioni vacanti erano chiamate allo Stato – fu modificata riducendolo al sesto. Per il momento in cui ebbe a cadere, la riforma poté essere collegata, oltre che ad esigenze emerse con la guerra, anche con le proposte socialiste «sulla confisca graduale del capitale attraverso la riforma del diritto di eredità»[79]. Non a caso, aderendo alla riforma in un saggio del 1906, Pietro Bonfante dichiarava che occorreva farlo come manifestazione di realismo antisocialista. I dieci gradi erano «il punto vulnerabile della successione legittima di fronte agli attacchi radicali delle scuole socialistiche». La proposta di riduzione al quarto grado doveva essere difesa «contro una facile accusa o una dubbia lode: che la restrizione della successione intestata sia una concessione ed un avviamento al socialismo»; «Anche nella legislazione sfrondare i rami inutili giova a salvare il nocciolo sano»[80].

In realtà, il modo in cui il tema era emerso nel dibattito dei decenni liberali aveva tutt'altra ispirazione che non quella socialista, ed invitava piuttosto a far meglio aderire le norme alla realtà della vita sociale, denunciando quanto fosse stri-

[79] Così P. UNGARI, *Storia del diritto di famiglia*, cit., p. 223, riferendosi a E. Rignano. Ma cfr. anche i riferimenti di A. AQUARONE, *L'unificazione legislativa*, cit., p. 53 e di R. BONINI, *Disegno storico*, cit., pp. 26-27 e 40-41.

[80] P. BONFANTE, *Riforma del diritto ereditario*, in *Scritti giuridici varii*, I: *Famiglia e successione*, Torino 1916, pp. 562, 566, 567.

dente un astratto modello di famiglia allargata con le effettive relazioni familiari del tempo, che secondo i commentatori si sarebbero svolte entro ambiti assai più ristretti di una volta ma con maggiore intensità affettiva. Corrispondeva, questa visione, ad un grande modello sociologico che a lungo ha influenzato la stessa interpretazione storica, ed il fatto che la ricerca applicata tenda oggi a metterne in discussione la rigidità non fa che porne ancor più in evidenza il carattere ideologico.

Una serrata argomentazione in questa direzione l'aveva scritta nel 1885 Enrico Cimbali in *La nuova fase del diritto civile*. Cimbali tracciava la vicenda della graduale riduzione del vincolo di parentela, fissata al dodicesimo grado nel *Code Napoléon* e al decimo nel codice italiano, appunto riferendola all'evoluzione dei costumi e delle strutture sociali, per cui il dodicesimo grado del *Code* era accettabile se riferito ad un'epoca «quando non ancora, malgrado gli effetti della rivoluzione, erano cessati del tutto i vincoli della famiglia feudale nelle classi alte, quelli federativi di corporazione nelle classi basse della città, e quelli tradizionali di comunanza nelle classi rurali; e quando sopattutto non ancora, per la memoria di recenti violazioni ed usurpazioni, lo Stato erasi affermato come organismo etico universale»[81]. Se dunque l'evoluzione storica aveva portato a indebolire e a restringere il vincolo familiare oltre la parentela ristretta – in questo, diremmo noi, «privatizzando» la famiglia – occorreva trasferire alla collettività più vasta le funzioni sociali un tempo adempiute dalla famiglia allargata. Il vincolo famigliare, scriveva Cimbali, si è andato indebolendo, «a misura che si è venuto man mano affermando, coll'adempiere benanche certi uffici adempiuti prima dalla famiglia, il vincolo di socialità»[82].

Nel campo del diritto successorio, ne seguiva una serie di proposte, che avrebbero portato da un lato ad allargare la riserva legittima anche nell'ordine collaterale fino al quarto

[81] E. CIMBALI, *La nuova fase del diritto civile*, cit., pp. 231-232.

[82] *Ibidem*, p. 228.

grado (dunque includendo fratelli e sorelle, zii e nipoti e cugini fra loro), dall'altro a graduare la quota di riserva in relazione all'intensità del vincolo di parentela, conferendo il restante allo Stato:

«Fissare il quarto grado per raccogliere, ad esclusione dello Stato, la totalità dei beni nella successione legittima fra collaterali; dal quarto grado in poi fino al sesto incluso chiamare in concorso alla successione legittima, ciascuno per metà, lo Stato e i congiunti. Dal sesto al decimo grado incluso finalmente, far evolvere la successione legittima per un terzo ai congiunti, e per gli altri due terzi allo Stato, salvo a devolversi tutta, oltre il decimo grado, in favore dello Stato».

Con tali proposte, come si è detto, si intendeva avvicinare le norme giuridiche alla realtà dei vincoli familiari, nella quale lontani parenti che la legge riconosceva come eredi potevano non avere più alcun rapporto col morto (i cosiddetti *Erbenlachende*, gli eredi che anziché piangerlo, ridevano del morto) mentre altri, assai prossimi, non ricevevano alcun riconoscimento. Di qui

«lo spettacolo, quotidianamente ributtante, di vedere ricchi congiunti disporre della totalità dei loro beni a favore di altri ricchi congiunti, laddove non dispongano invece a favore di persone del tutto estranee, ovvero, quel che è peggio, di corpi morali fondati o da fondarsi; lasciando intanto, con cinismo degno del più alto disprezzo, che languiscano nella miseria e nella desolazione, quegli stretti congiunti – cugini, zii, nipoti ed anche fratelli e sorelle – che, per la comunanza di origine, di nome e spesso per le spettative deluse, invano da tanto tempo concepite, avrebbero diritto almeno ad una quota alimentaria»[83].

In termini simili, Bonfante denunciava la sorte riservata dal codice al coniuge superstite, che succedeva per intero soltanto in difetto del sesto grado, mentre «se la legge fosse lo specchio della vita, anziché delle nostre tradizioni e delle nostre superstizioni, [dovrebbe] aver garantita una posizione superiore a tutti i collaterali»[84]. Il divieto di successione

[83] *Ibidem*, pp. 231-232.

[84] P. BONFANTE, *Riforma del diritto*, cit., p. 564.

tra coniugi era un istituto di diritto romano, ma largamente temperato da eccezioni e superato dalla pratica testamentaria pressoché universale di disporre a favore del coniuge, mentre da noi, scriveva Bonfante, è divenuto un atroce regime non temperato da eccezioni, «e permette ad un cugino lontano di spogliare il coniuge financo degli oggetti di suo uso personale e talora anche di sua proprietà prima del matrimonio, se non riesca a dimostrarla»[85].

Argomenti siffatti erano intesi oltre che a ravvicinare l'ordinamento alla fisionomia della famiglia nucleare moderna, ad attribuire nuovo e determinante spazio alla collettività e alle istituzioni pubbliche. Quali dovessero essere queste istituzioni, quale la loro dimensione e natura, quale il loro rapporto con la sfera privata, tutto ciò sembrava non interessare i giuristi[86]. Per il momento interessava loro porre una questione di principio. Come si è visto a proposito della crisi dell'istituto del consiglio di famiglia, che faceva auspicare un ritorno a forme di giurisdizione pupillare, anche le riflessioni attorno al sistema successorio, perno a sua volta dell'istituto della proprietà e dunque della società 'borghese' nel suo complesso, mostrano come nell'interpretazione del codice italiano e nell'opinione dottrinaria del tempo, individuo, famiglia e collettività erano indicati come elementi di un equilibrio instabile, non sciolto a favore di uno

[85] *Ibidem*, p. 565. L'autore raccontava in nota il fatto reale al quale si riferiva. È questo uno di quei passi ai quali mi riferivo notando che nello stesso dibattito dottrinario era frequente la consapevolezza del carattere retorico dei riferimenti agli istituti giuridici classici.

[86] Mi pare significativo il fatto che nel campo del diritto successorio Cimbali convenisse col Laurent, l'autore di una proposta di revisione del codice francese al quale spesso si rifacevano i critici italiani, secondo la quale i beni provenienti dalle successioni vacanti avrebbero dovuto costituire un fondo destinato all'educazione delle classi disagiate, nonché con l'altra proposta di riprendere la norma del codice sassone per la quale la devoluzione andrebbe agli ospizi dove il *de cuius* è ricoverato o dove avrebbe potuto esserlo. Sono proposte in certo qual modo consonanti con quella avanzata da J.S. Mill nel passo già citato, ma proprio il carattere meramente incidentale del rinvio mostra che la dimensione istituzionale era del tutto estranea al discorso di Cimbali.

di essi. Era quanto aveva affermato Cimbali: «Bisogna dunque ravvisare il concorso di questi tre elementi nella costituzione della proprietà: l'elemento puramente individuale, l'elemento famigliare, l'elemento puramente sociale». Era una norma di carattere generale, che nel diritto successorio trovava una applicazione emblematica:

«Finché vive il capo della famiglia o, in generale, il membro titolare della proprietà, rimane al medesimo affidato l'uso e il godimento esclusivo di essa; salvo in lui l'obbligo di fornire gli alimenti, onde abbisognano, agli altri membri della famiglia che hanno insieme a lui lavorato per costituirla; e di pagare allo Stato l'imposta in proporzione del valore di essa, quale corrispettivo dei servizi e dei benefizi che da esso riceve. Come pure, durante la vita del titolare, tanto i membri della famiglia quanto lo Stato hanno un diritto di aspettativa – *Anwartschaft* –, il quale si concreta e si realizza nell'istante della morte»[87].

È soltanto alla morte che i vari elementi si sciolgono, o meglio «si scioglie la comunanza di diritti sopra i beni»[88] e ciascuno dei tre fattori rivendica per sé la parte del diritto: quella individuale (disponibile) quella dovuta ai familiari e quella statale (tasse di successione). In quanto raccoglieva questi tre principi, la legislazione italiana era considerata «un vero monumento di sapienza giuridica»[89].

[87] E. CIMBALI, *La nuova fase del diritto civile*, cit., p. 208.

[88] *Ibidem*, p. 209.

[89] *Ibidem*, p. 211. Non diversamente opinava Filomusi Guelfi, proponendo anch'egli l'ordine delle successioni intestate come modello paradigmatico: «l'ordine delle successioni *ab intestato*, fondato sul diritto di famiglia, costituisce la regola. La legge, come l'espressione sociale della volontà della comunanza, costituita a Stato, dà nella esistenza di taluni congiunti, aventi diritto a legittima o ad una quota di riserva, solo un limitato potere di derogare all'ordine legittimo della successione: quando questi congiunti manchino, la legge accorda, o se si vuole, riconosce alla persona individuale la facoltà di disporre di tutta la sua sostanza. Ma è sempre l'ordine stabilito dalla volontà sociale, ed ispirato al diritto di famiglia, ciò che costituisce la regola, ed il potere di derogarvi è accordato dalla stessa volontà sociale nella forma della legge». F. FILOMUSI GUELFI, *Successione*, cit., p. XXIII.

Olandesi ‘borghesi’ del XIX secolo: la separazione della cittadinanza economica da quella politica

di *Hans W. Blom*

I. *Introduzione*

In questo saggio si tratterà della formazione del concetto di cittadinanza nei Paesi Bassi avendo come sfondo l’epoca rivoluzionaria tardo settecentesca. A tal fine, verrà presentata un’analisi dettagliata dello specifico dibattito politico svoltosi durante il regno di Guglielmo I (1814-1840), allorché venne verificata l’adeguatezza del ‘nuovo ordine’ instaurato dalla costituzione del 1815 e furono saggiate le prospettive del sistema parlamentare.

Gli avvenimenti che ebbero luogo dalla proclamazione del regno dei Paesi Bassi nel 1814-15 fino al 1840 circa saranno al centro dell’analisi che segue. Essi offrono l’opportunità di mostrare i problemi e le sfide di una società in transizione, come quella olandese, posta di fronte alle pressanti questioni dell’articolazione di un nuovo concetto di cittadinanza. Nei Paesi Bassi, la domanda dei diritti civili alla fine del XVIII secolo forse non si espresse a voce altrettanto alta che nei paesi vicini, ciò nondimeno non era stata meno esplicita. Il successivo ordine post-napoleonico rappresentò il tentativo di incorporare un sistema più ampio di diritti in un nuovo Stato unificato che era comunque fortemente debitore nei confronti dell’*Ancien Régime*[1].

Traduzione di Valentina Marchetti.

[1] Il testo di E.H. KOSSMANN, *The Low Countries*, Cambridge 1990, è una valida introduzione generale a questo periodo della storia fiamminga. Letteratura più specialistica la si trova in olandese, fatta eccezione per alcuni studi apparsi tra le pubblicazioni delle Conferenze anglo-

Ciò non significa che gli olandesi fossero storicamente privi di idee di cittadinanza. Qualunque possa essere la conoscenza della storia di questo paese da parte del lettore, l'impressione di fondo che egli avrà della repubblica delle Province Unite sarà quella di uno Stato governato dai suoi 'cittadini' o, per dirla in 'inglese', dai suoi *bourgeois*. Da un punto di vista sociologico, dagli inizi del XVII secolo in poi, le classi dominanti non erano costituite né dalla nobiltà né dalla corona, ma dai detentori di molteplici interessi commerciali. Questi ultimi avevano trovato in Ugo Grozio il loro portavoce ideologico. Egli aveva elaborato una definizione minimalistica dello Stato, sulla base dei diritti individuali di proprietà[2]. Ciò che comunque Grozio aveva lasciato nell'indeterminatezza erano gli effettivi diritti politici connessi. Senza dubbio, egli ammetteva qualche forma di partecipazione politica, ma non aveva fornito una chiara definizione teorica né di chi dovesse essere considerato cittadino, né di quali fossero i diritti politici inerenti alla cittadinanza. Andrebbe oltre i confini dei temi che qui si affrontano, esaminare più nel dettaglio la teoria politica di Grozio, ma basti dire che egli faceva forte assegnamento sulle tradizioni politiche del paese e delle sue varie città e province. Gli mancò quindi una teoria p o l i t i c a dei diritti individuali perché la tradizionale cultura politica olandese, comunale e patrizia, forniva sufficiente legittimazione a questa nascente società mercantile. Di conseguenza, come teorico dello Stato, Grozio fu più un conservatore, a cui accadde di sostenere i diritti individuali di proprietà, che un pensatore democratico e un rivoluzionario.

Questo lato rilevante di Grozio vale per molta parte del

olandesi intitolate «Britain and the Netherlands» e per lavori sul XVIII secolo o i suoi ultimi decenni come quelli di S. SCHAMA, *Patriots and Liberators. Revolution in the Netherlands, 1780-1800*, New York 1977 e M.C. JACOB-W.W. MIJNHARDT (edd), *The Dutch Republic in the Eighteenth Century. Decline, Enlightenment and Revolution*, Ithaca 1992.

[2] Si veda il recente testo di S. BUCKLE, *Natural Law and the Theory of Property. Grotius to Hume*, Oxford 1991, pp. 35-52 per una valida, per quanto introduttiva, ricostruzione della teoria della proprietà di Grozio.

pensiero politico olandese del XVII e XVIII secolo[3]. Sì al liberismo economico, no al liberalismo politico! Nel contesto generale della storia europea della cittadinanza, il caso olandese è spesso considerato un'anomalia. Laddove, durante il periodo dell'assolutismo, in altri importanti Stati europei, l'economia era dominata da istanze di *grandeur* politica e di imperialismo, nella Repubblica olandese accadeva il contrario. Qui era la situazione economica del paese a determinare i principi della politica, come se non fosse mai stata dimenticata l'esperienza storica degli anni della rivolta contro la dominazione degli Asburgo di Spagna, tra la fine del XVI e l'inizio del XVII secolo, quando il bilancio statale condizionava la possibilità di affrontare lo stato di guerra e di conseguenza la possibilità di indipendenza politica. Il presente contributo tratterà essenzialmente dell'effettivo carattere di queste diverse sfere, economica e politica, e delle relative conseguenze nella prima metà del XIX secolo. Il mio intento è quindi quello di contribuire a collocare il caso olandese all'interno del dibattito internazionale. Esaminare da questa prospettiva il concetto di *bourgeois* porta con sé questioni davvero importanti che, ai fini dell'argomento qui trattato, suddividerò nel modo seguente:

1. La secolarizzazione della partecipazione politica: Lo studio delle grandi rivoluzioni democratiche (in particolare di quella americana e francese) ha reso chiaro che non c'è traccia in esse di un'ineluttabile tendenza alla secolarizzazione. La rivoluzione e l'emancipazione dei sudditi in cittadini non sono fenomeni concettualmente o storicamente legati. Anche nel caso di rivoluzioni riuscite è difficile affermare se esse siano all'origine dell'emancipazione o se rappresentino solo una coincidenza, un effetto secondario di processi più basilari. Gli studiosi marxisti metterebbero l'accento sui processi economici e non sorprende riscontrare tra le loro fila un interesse storico

[3] Si veda H.W. BLOM, *Morality and Causality in Politics. The Rise of Naturalism in Seventeenth-Century Dutch Political Thought*, di prossima pubblicazione.

per le vicende della Repubblica olandese, in cui si aspettano di rinvenire un esempio storico delle forze economiche che determinano lo sviluppo politico. Chi invece propende maggiormente all'idealismo filosofico focalizzerebbe l'‘altro' versante delle grandi rivoluzioni, sottolineando il fatto che il potere delle idee è il fattore decisivo. Da quest'ultimo punto di vista il caso olandese è interessante per la sua teoria e pratica della tolleranza durante il XVII secolo.

Del resto Hegel non ebbe a dire che «la filosofia inizia con Spinoza o non inizia affatto»?

2. L'oscillante giudizio sul ‘secolo d'oro': Sebbene questo volume sia dedicato al tentativo di ricostruire la storia di un concetto, non dovremmo dimenticare che la storia non è un'invenzione nostra ma del XVIII e XIX secolo. Le nazioni che noi vogliamo capire si percepivano esse stesse in termini storici. Vivevano la storia come una costruzione consapevole della propria realtà. Per questo uno dei nostri fondamentali problemi è quello di scoprire come la concezione della storia del primo Ottocento si rapporti alla nozione di cittadino e di cittadinanza. Nei Paesi Bassi, dopo il 1815, si continuò a riflettere in particolare sulla *unzeitgemäße Geschichte* del periodo pre-rivoluzionario.

3. Il cambiamento dei modelli socio-economici: Nuove opportunità danno origine a nuove aspettative (la storia della cittadinanza è la storia di crescenti aspettative? Di adeguamenti a gruppi di riferimento?). Inoltre, le idee di cittadinanza come espressione di relazioni politiche tra individui sono sempre in stretta connessione con altre forme di organizzazione sociale. Tocqueville descrisse il trapasso dall'*Ancien Régime* al nuovo ordine precisamente nei termini del declino della struttura gerarchica feudale a livello locale e della necessità di rimpiazzarla con nuove strutture locali per prevenire il sorgere di una società anomica, formata da individui liberi, immersi nel mare della sovranità popolare. In che modo si fece quindi strada, nei Paesi Bassi, il processo di costruzione della nazione entro un nuovo regime, in cui il vecchio tipo di clientela della politica

repubblicana non si combinava più con un'economia di imprese di piccola scala e grande finanza?[4]

4. G l i e f f e t t i d e l l a c o s t i t u z i o n e e d e l l a c o d i f i c a z i o n e: I tentativi finalizzati alla ricostruzione dell'ordine politico, che si impose allorché la codificazione divenne una questione politica, mettono un forte accento sulle strategie di legittimazione delle ideologie politiche. Le pratiche d'antico regime potevano anche aver rinviato in termini del tutto generali alle leggi e alle procedure esistenti per giustificare o condannare la codificazione. Essa, in ogni caso, rese necessaria una più esplicita definizione degli assetti istituzionali e quindi anche della cittadinanza. Lo scontro sulla cittadinanza divenne ben presto uno scontro sulla costituzione, al centro della quale furono articolate le varie dimensioni delle idee di cittadinanza disponibili.

II. *Una polemica sulla rappresentanza*

In un *pamphlet* assai polemico, pubblicato nel 1831, il nobile frisone van Breugel affronta la difesa dell'allora vigente costituzione[5]. L'autore è convinto che il regno dei Paesi Bassi presenti un giusto equilibrio tra elementi aristocratici e democratici. Oltre a ciò, egli sostiene che il sistema olandese di rappresentanza sia di gran lunga superiore, per esempio, a quello francese o inglese. Secondo l'autore, questo primato su altri sistemi è interamente dovuto al sistema di elezione indiretta in vigore nei Paesi Bassi. Egli esprime apprezzamento per i bassi livelli di censo richiesti per votare

[4] Per una descrizione del precedente regime, si veda M. HART, *The Making of a Bourgeois State. War, Politics and Finance During the Dutch Revolt*, Manchester 1993.

[5] R[IDDER] VAN BREUGEL, *Iets over het staats-burger-regt in de Nederlanden*, Den Haag, A.P. van Langenhuysen, 1831. Per informazioni sulla vita di Caspar van Breugel (1752-1833) si veda VAN DER AA, *Biographisch Woordenboek der Nederlanden*, Haarlem 1852, I, pp. 400-401. Rampollo di una nobile famiglia, suo padre era stato nominato cavaliere nel 1815. La famiglia svolse incarichi militari e di riscossione di imposte (Caspar esercitò solo quest'ultimo ufficio) sia prima che dopo il 1815.

che assicurano un elettorato molto vasto; fa notare orgogliosamente che il fondamento della scelta elettorale non è lo *status* ma la fiducia dei propri pari e conclude che sono le capacità e non la proprietà a rendere un olandese eleggibile a un dato ufficio. Tutto il merito di questi positivi risultati è accordato al sistema elettorale indiretto. Attraverso i suoi calcoli, van Breugel è portato a desumere che sebbene la popolazione della Francia sia tre volte quella olandese, entrambi i paesi hanno lo stesso numero di votanti.

Il sistema indiretto vigente al tempo nei Paesi Bassi è descritto da van Breugel nei seguenti termini: i membri degli stati provinciali venivano eletti da collegi, distinti in urbani, rurali e collegi elettivi della nobiltà, che a loro volta erano stati eletti nei distretti elettorali. Da parte loro gli stati provinciali agivano da collegi elettivi degli stati generali. Dei collegi elettivi di primo grado (vale a dire quelli eletti nei distretti) facevano parte 2.685 persone suddivise tra 167 collegi; i collegi elettivi di secondo grado (9 in tutto) comprendevano 481 membri. Questi ultimi eleggevano i 55 membri (che divennero 110 nel 1815 a causa dell'unione delle province meridionali dei Paesi Bassi e 58 nel 1840, dopo la separazione del 1839) della seconda camera degli stati generali. I componenti della prima camera («ménagerie du Roi») erano nominati dal re fino alla svolta costituzionale del 1848[6].

L'argomentazione di van Breugel si fonda sul presupposto che i più capaci debbano essere scelti. La capacità non dipende dalle ricchezze eccetto che per la nobiltà (che deve, per così dire, dimostrare il proprio valore attraverso la perizia mostrata nel conservare la sua proprietà). Gli altri danno prova delle loro capacità meritandosi la fiducia di chi li elegge.

Tale argomentazione si accorda con le prospettive dell'epoca moderna: r a p p r e s e n t a n z a è infatti la parola d'ordine, come già apparve chiaro quando venne accettata la

[6] Si veda il mio *Bicameralism – History – Theory – Problems*, in H.W. BLOM-W.P. BLOCKMANS-H. DE SCHEPPER (edd), *Bicameralisme*, Den Haag 1992, pp. 19-33.

costituzione post-napoleonica. In effetti, la stessa approvazione della costituzione fu presentata come l'espressione della «libera voce della nazione» grazie alla rappresentanza di 600 notabili[7]. Sebbene al tempo si fosse detto che sarebbe stato impossibile «accettare la costituzione senza una qualche parvenza di democrazia», era altrettanto evidente che a quel fine un plebiscito era inadeguato e un mero artificio. La stessa costituzione affermava: «Gli Stati Generali rappresentano l'intera nazione olandese». Dato che quello di rappresentanza era quindi un concetto centrale della politica olandese del tempo, la sua concreta istituzionalizzazione divenne un tema di discussione, come mostra il contributo di van Breugel. I sistemi di elezione diretta (il «sistema francese») richiamarono evidentemente abbastanza attenzione per garantire una difesa delle regole vigenti di elezione indiretta a diversi gradi che rievocava uno dei periodi della Repubblica. E, come nei tempi andati, tale difesa faceva leva sul carattere maggiormente democratico di quel sistema. Gli avversari di van Breugel sono facilmente riconoscibili. Il più importante tra loro è l'autore dell'anonimo *De groote behoeften van Nederland aan eene betere staatsregeling* (1831) [Il grande bisogno nei Paesi Bassi di una costituzione migliore][8]. Quest'ultimo attacca il ruolo della nobiltà nella procedura elettorale e introduce inoltre il concetto di votanti come «staats-burger», «cittadini dello Stato», un neologismo che van Breugel a sua volta usa nel titolo del suo *pamphlet*. Curiosamente, la reazione di van Breugel a *De groote behoeften* inserisce l'autore di questo testo nella più vasta cerchia dei cosiddetti critici «liberali» delle elezioni indirette, come van Voorst, Vervloet, van Nes e Mabé[9]. Sarebbe tuttavia sbagliato considerare il dibattito come una disputa tra 'rea-

[7] Su questa vicenda e sui successivi dibattiti sulla costituzione, si veda L. BLOK, *Stemmen en kiezen. Het kiesstelsel in de periode 1814-1850*, Groningen 1987.

[8] Questo testo è attribuito da van Breugel a Beijerinck, presumibilmente un esponente della famiglia Beijerinck cui era stato affidato l'incarico di compiere ispezioni in tutto il paese. L'attribuzione di Blok (*Stemmen en kiezen*, cit., p. 363) a D. Serrurier sembra invece meno probabile.

[9] W.H. VAN VOORST, *De herziening der grondwet*, Haarlem 1830; VER-

zione' e 'progresso' perché erano già stati introdotti importanti cambiamenti nel vecchio regime. Sia van Breugel che gli antagonisti che egli si era scelto stavano andando tentoni alla ricerca di un nuovo modo di intendere la cittadinanza.

Le principali differenze tra il vecchio e il nuovo regime erano connesse in particolare al problema della cittadinanza. In primo luogo, non venne esaudito il desiderio del re di aver riconosciuto il diritto di selezionare i membri della seconda camera da una lista doppia o tripla di possibili candidati (come era stata usanza nel passato). In secondo luogo, venne interrotta la consuetudine in base alla quale i rappresentanti degli stati generali appartenevano *ipso facto* agli stati provinciali: il cumulo delle due cariche venne precluso rendendole incompatibili. Entrambi questi provvedimenti rafforzarono il carattere nazionale della rappresentanza contro gli interessi tanto locali che dell'esecutivo. Inoltre, nonostante un ampio dissenso, il sistema di rappresentanza della Repubblica basato sul potere di ciascuna provincia venne trasformato in un sistema proporzionale fondato sul numero di abitanti. Già dal titolo, il contributo di van Breugel mostra i suoi intenti, parlando di «cittadinanza statale». Così fu dato nuovo impulso a una ridefinizione della nozione di cittadinanza, cioè del modo di intendere la relazione tra il corpo politico e i suoi membri.

Come si è detto, la nuova prassi costituzionale del XIX secolo fece da sfondo al dibattito. Si rende quindi necessario un suo breve riepilogo storico. Al ritorno di Guglielmo dall'Inghilterra nel 1813, la sua acclamazione a principe sovrano «garantita da una libera costituzione» e l'adozione della costituzione del 1814 trasformarono le province settentrionali dei Paesi Bassi in una monarchia costituzionale. Successivamente la conferenza di Londra attuò l'unione delle province meridionali e settentrionali dei Paesi Bassi, portando alla nuova costituzione del 1815, che vide l'introduzione di un sistema

VLOET, *Toelichtingen betrekkelijk de ministriele verantwoordelijkheid en het kiesrecht*, 1831; J.G. VAN NES VAN MEERKERK, *'Redevoering'*, in «Algemeen Handelsblad», febbraio 1831; P. MABÉ JR., *Vlugtige bedenkingen ten aanzien van de herziening der grondwet*, Haarlem 1831.

bicamerale[10]. Stranamente, il principio di rappresentanza proporzionale – chiave di volta della costituzione del 1814 – non fu applicato nella determinazione delle quote relative di rappresentanti delle province meridionali e settentrionali nella seconda camera: contrariamente al fatto che il numero di abitanti delle province del Sud superava di circa il 60% quello delle province del Nord, si stabilì che la loro rispettiva quota di componenti della seconda camera fosse uguale ai rappresentanti delle province del Nord e pari a 55 membri. Non sorprende che questa unione abbia avuto vita breve e che nel 1830 il suo destino fosse già segnato. Nel 1839 Olanda e Belgio si separarono ufficialmente. Nel 1840 venne introdotta una nuova costituzione che rispecchiasse la mutata situazione. In ogni caso, anche questa costituzione fu assai discussa. Gli eventi del 1848 spinsero alla fine Guglielmo II ad acconsentire alla riforma costituzionale lungamente anelata, e poi attuata attraverso l'emanazione della costituzione del 1848. In questo nuovo ordine costituzionale, dovuto in larga parte alla abilità di statista di J.R. Thorbecke (1798-1872), venne introdotta la ben nota struttura a tre livelli dello Stato olandese: rappresentanza distinta – comunale, provinciale e nazionale – ai tre principali organi di governo: il consiglio comunale, gli stati provinciali e la seconda camera del parlamento. Anche la prima camera del parlamento, che era stata per tre decenni «le ménagerie du Roi», venne da allora eletta dall'insieme degli stati provinciali. Questa costituzione del 1848 rappresenta una lucida combinazione di vecchio e nuovo. Fu infatti il risultato compromissorio delle discussioni ideologiche che qui interessano, preparato – come si argomenterà – dai dibattiti degli anni trenta del XIX secolo.

III. *Una parentesi metodologica*

È illuminante verificare la posizione di van Breugel in rapporto allo spettro dei lessici politici. Un lessico, un discorso, un linguaggio politico o *discours* viene qui definito come

[10] Si veda H.W. BLOM, *Bicameralism*, cit.

una trama, più o meno coerente, di concetti che permette a quanti ne fanno uso di formulare i loro principali interrogativi e problemi politici. Perciò, in tal senso, un lessico è molto diverso da un vocabolario. Mentre quest'ultimo contiene tutte le parole e tutti i significati possibili, un lessico politico ruota intorno a pochi concetti chiave assai carichi di significati. Inoltre, questi concetti chiave sono interconnessi e definiscono un campo semantico. Talvolta anche il termine 'ideologia' viene usato a questo riguardo. Ma nella consapevolezza che il concetto di ideologia è ancora in via di elaborazione nel periodo considerato, non se ne farà uso. Esso comunque mostra che i lessici politici hanno proprie finalità: essi vengono usati per influenzare, per prepararsi ad agire, per definire la particolare posizione che un raggruppamento si ritaglia in politica. Ma i lessici cercano anche di far fronte alla realtà su un piano intellettuale. Perciò un lessico politico viene qui definito come un insieme di concetti tra loro collegati che, da un lato, descrivono e analizzano il mondo politico e, dall'altro, preparano e strutturano l'azione politica[11].

L'analisi dei lessici politici come metodo di ricerca nell'ambito della storia del pensiero politico offre alcuni vantaggi particolari. Concentrandosi sui m e c c a n i s m i che strutturano il campo dell'azione politica, lo storico del pensiero politico si dà l'opportunità di riflettere criticamente sui modelli di comportamento, perlopiù abbastanza schematici, presupposti dalla sua visione del mondo. Per esempio, il nostro attuale modo di intendere il comportamento economico è strettamente legato all'assunto della massimizzazione del profitto individuale, mentre un'analisi degli appropriati dizionari storici mostrerà che le concezioni del profitto sono connesse in modo complesso al lessico con cui le si esprime e sono da esso delimitate nel loro significato. Nessuno, per esempio, metterà in discussione che le concezioni medioevali dell'usura sfuggono alla moderna distinzione del mondo sociale in 'economico' e 'politico'. Lo stesso vale per le no-

[11] Rispetto a ciò, il riferimento principale è senza dubbio J.G.A. POCOCK, *Virtue, Commerce, and History*, Cambridge 1985.

zioni di 'cittadino' e di 'cittadinanza'. In questo senso, rintracciare un linguaggio politico significa misurarsi con il significato storico, con l'intenzione dell'autore[12].

Volgendo quindi l'attenzione al *pamphlet* di van Breugel del 1831, ci si può allora chiedere a quale lessico appartiene. I due lessici principali che dominano nella prima età moderna sono quelli del repubblicanesimo classico e del diritto naturale[13]. Le caratteristiche fondamentali di questi due lessici possono essere adeguatamente descritte in termini di cittadinanza. Il repubblicanesimo classico identifica l'uomo politico nel membro di uno Stato (*commonwealth*) impegnato nel perseguimento del bene comune come se questo coincidesse con il proprio. La vita pubblica è una virtù e quindi la virtù civica è un termine chiave in questo discorso, il cui centrale orientamento all'azione è come mantenere questa virtù civica e come combattere il pericolo che si corrompa. Quali pre-requisiti morali, istituzionali e strategici devono essere ottemperati? Come si distingue tra i veri virtuosi e i meri impostori? Dove risiede il futuro del corpo politico?

Sull'altro versante, nel lessico del diritto naturale, l'enfasi è posta sul modo in cui individui e collettività si rapportano reciprocamente come titolari di diritti. Quali sono i diritti dell'uomo e del cittadino? Quali sono i diritti dello Stato sia verso i suoi cittadini che verso altri stati e i cittadini di questi ultimi? Quali strutture istituzionali vengono presupposte al fine di proteggere questi vari diritti? In tale discorso, le questioni morali debbono essere distinte rispettivamente tra quelle che riguardano e quelle che non riguardano

[12] Come spiega Q. SKINNER, *Meaning and Understanding in the History of Ideas*, in «History and Theory», 8, 1969, pp. 3-53; per una applicazione si veda il mio *Virtue and Republicanism. Spinoza's Political Philosophy in the Context of the Dutch Republic*, in H. KOENIGSBERGER (ed), *Republiken und Republikanismus im Europa der Frühen Neuzeit*, München 1988, pp. 195-212.

[13] Oltre a J.G.A. POCOCK, *Virtue, Commerce, and History*, cit., si veda il volume di I. HONT-M. IGNATIEFF (edd), *Wealth and Virtue. The Shaping of Political Economy in the Scottish Enlightenment*, Cambridge 1983.

essenzialmente i diritti. Ciò equivale a dire che all'interno di questa visione della politica la dimensione morale è de-politicizzata. Tale concezione è alla base del *Rechtsstaat* come pure dello Stato minimo della dottrina politica liberale.

Ma, come ogni ricostruzione del passato, il metodo dei lessici ha anche i suoi svantaggi. Poiché lo storico ha costretto se stesso a pensare in termini di discorsi – intesi come insiemi a sé stanti coinvolti, in un modo o nell'altro, in una reciproca lotta ideologica –, il risultato è una tendenza alla reificazione. Questo è, sotto il profilo metodologico, un esito poco desiderabile perché non si avrà mai la certezza che quello che sembra essere il lessico prevalente in un dato momento storico sia anche valido in certe specifiche aree di ricerca. Per questo lo storico deve sempre essere consapevole della possibilità di variazioni spazio-temporali del discorso, o anche di casi anomali. La ricostruzione della varietà storica dei discorsi è, in fondo, una delle ricompense di questo modo di fare storia del pensiero politico, in quanto si riesce ad apprendere di più sulle origini della cultura politica moderna.

IV. *Quattro linguaggi politici invece di due*

Queste osservazioni metodologiche servono agli scopi del presente contributo. La figura di van Breugel, il nobile del XIX che scrive alla vigilia della Campagna dei dieci giorni (agosto 1831) destinata a portare alla definitiva indipendenza del Belgio (1839), ci rivelerà alcune dimensioni di fondo del dibattito sulla cittadinanza che ebbe luogo nei Paesi Bassi all'inizio dell'Ottocento. Per prima cosa ci si vuole concentrare sui destinatari della sua polemica. Il principale bersaglio di van Breugel sono i «cosiddetti liberali». Nell'ambito della sua trattazione questi liberali sono coloro che vogliono abolire il sistema delle elezioni indirette e diffondere un modello elettorale come quello vigente in Francia con elezioni basate sul censo affinché i rappresentanti della nazione vengano eletti da cittadini responsabili. L'elezione diretta sembra esprimere nella sua forma più semplice la relazione senza interposizioni tra il popolo sovrano e il go-

verno. Van Breugel è ben consapevole del fatto che questi «liberali» in realtà vogliono cancellare i resti del passato ordine della società, vale a dire distruggere le forze del potere locale ed eliminare il ruolo conservatore dei ranghi e dei ceti (*Stände*) tradizionali della società. L'intento di van Breugel è perciò quello di mostrare in primo luogo che il sistema indiretto di rappresentanza in vigore si basa su un suffragio più allargato, permettendo un rapporto più elevato tra l'elettorato attivo e passivo della popolazione. In tale prospettiva, egli rimarca come il pre-requisito di un solido assetto politico repubblicano sia quello di raggiungere nella rappresentanza un equilibrio tra l'elemento aristocratico e quello democratico. In secondo luogo, van Breugel elabora la sua idea dei vincoli tra cittadini all'interno dello Stato, vale a dire l'idea del rapporto di fiducia. Egli ritiene che tale fiducia sia meglio riposta nei rappresentanti l o c a l i, i quali successivamente la trasmettono nel processo a due fasi che porta all'elezione dei rappresentanti al Parlamento nazionale. Van Breugel è entusiasta di sostenere il primato delle qualità acquisite su quelle date. Dato che «è sufficiente che un rappresentante possieda nient'altro che doti intellettuali e morali», egli non ha alcun bisogno di essere ricco. Una rilevante eccezione viene sollevata nel caso della nobiltà che deve essere ricca per dar prova delle proprie qualità; ciò equivale a dire che, anche in questo caso l'elemento acquisito prevale su quello dato.

Nel difendere in questo modo la prassi vigente, van Breugel fa uso di argomentazioni senza dubbio moderne: la rappresentanza, la capacità, la democrazia. Nell'attaccare i «cosiddetti liberali», egli sta in effetti cercando di atteggiarsi da v e r o liberale. Ma lo è? Come distinguere tra il suo discorso e quello dei suoi avversari? Un primo aspetto da considerare riguarda la tecnica retorica di contrapporre 'veri' e 'presunti' liberali. Trova qui applicazione una formula assai radicata nella tradizione della retorica politica dei Paesi Bassi. Come nel dibattito sulla «vera libertà» del XVII e dell'inizio del XVIII secolo e nuovamente nel dibattito sul «vero patriottismo» alla fine del XVIII secolo, van Breugel sta dicendo in fondo che la prassi in vigore opera in termini di liber-

tà: la mera democrazia avrebbe significato un regime di permissività, e la mera aristocrazia un governo tirannico. Come sempre, al grido di rivendicazione di una maggiore libertà – espresso contro le tendenze oligarchiche presenti nella Repubblica – si replica qui con un sicuro richiamo al sistema stesso come incarnazione della libertà. Si suggerisce un'intesa sulla materia del contendere e si fa il tentativo di concedere che un equivoco sia all'origine del malcontento. E qui, in questo tentativo di attribuire tutta la colpa a un fraintendimento, la battaglia del discorso si rivela nella sua essenza. Nel discorso di van Breugel, il «liberalismo» viene definito come rappresentanza su più vasta scala possibile. Nel mostrare come i requisiti di censo dipendano dal sistema elettorale (con elezioni dirette si hanno alti livelli di censo e quindi pochi votanti, come in Francia; con elezioni indirette si hanno bassi livelli di censo e più votanti, come nei Paesi Bassi), van Breugel scivola abilmente verso la sua nozione di cittadinanza: cittadino è il membro di un sistema rappresentativo in cui gli elettori attivi e passivi sono legati da un vincolo di fiducia. Quest'ultimo si genera attraverso la libera scelta dei rappresentanti tra il maggior numero possibile di candidati. I segni oggettivi dell'affidabilità si mostrano sotto forma di capacità e in particolare di doti intellettuali e morali. La legge sulla cittadinanza diviene il risvolto istituzionale di questo insieme di relazioni.

Nel cercare di collocare van Breugel entro i lessici politici disponibili, si può essere tentati di porlo nella categoria del diritto naturale. Infatti van Breugel dà per scontato il diritto di rappresentanza. Sebbene l'argomento del suo *pamphlet* non lo obblighi a discutere questioni inerenti il tema dell'obbligazione politica, sembra plausibile supporre che egli concordi con i sostenitori dei diritti naturali sul fatto che l'obbligazione politica si fonda sulla rappresentanza. Comunque, la nozione di fiducia e il rilievo dato alla politica locale sembrano avallare l'approccio del repubblicanesimo classico, vale a dire un modo di concepire la cittadinanza molto più impegnativo. Il rimando all'importanza di una buona sintesi tra elementi aristocratici e democratici punta nella stessa direzione, quella di una costituzione mista. Non

si dovrebbe allora piuttosto situare van Breugel tra gli esponenti del repubblicanesimo classico e vederlo come un avversario del linguaggio dei diritti? Cioè non si dovrebbe piuttosto considerarlo come responsabile di un discorso politico superato che si opponeva alla secolarizzazione della storia politica?

Nel rispondere a queste domande, desidero mostrare che l'analisi condotta sui discorsi permette non solo di discutere determinate filosofie politiche, sullo sfondo delle categorie concettuali correnti a livello internazionale, ma fornisce anche l'opportunità di sottolineare la variabilità di questi discorsi. Più nello specifico, mettendo a confronto la concezione della cittadinanza di van Breugel con quella dei suoi avversari, descriverò le posizioni del dibattito politico all'inizio del XIX secolo, mostrando anche come esso, a partire da quella base, si evolvette.

V. *Comunità politica e cittadinanza*

Ciò che si vuole prendere qui in considerazione è l'implicita concezione della comunità politica locale abbracciata da van Breugel. Egli, essendo un nobile frisone, era abituato alla posizione del patriziato nella politica locale. Quella frisona, infatti, più che una nobiltà era un patriziato che esercitava funzioni giudiziarie e partecipava alla vita politica su un piano di parità con i rappresentanti delle città, curando prevalentemente l'interesse terriero. Ma i suoi membri non erano confinati al ruolo di possidenti terrieri, poiché la loro parte nelle funzioni amministrative era molto importante. Essi avevano infatti un facile accesso agli uffici dell'amministrazione governativa. Questa peculiare, duplice posizione conferiva alla nobiltà alcuni privilegi su altri partecipanti al processo politico: essa aveva un proprio accesso privilegiato alle cariche politiche e alle entrate a esse associate; inoltre i suoi membri potevano ancora rivendicare un'investitura alla rappresentanza degli interessi terrieri. Ma essi avevano da tempo imparato ad accettare l'idea che la loro sola possibili-

tà di successo andava trovata in una simbiosi mutualistica con i più facoltosi interessi delle città. Così van Breugel non deplora il predominio delle città nella elezione degli stati generali; egli non desidera neppure rivendicare una qualche superiorità per la nobiltà, fatta eccezione che per una nozione piuttosto vaga di aristocrazia, che comunque si riferiva tanto ai nobili quanto ai ricchi e agli istruiti. Del tutto assente è qualsiasi rimando all'aristocrazia della nascita come tale. Così l'aristocrazia, considerata in questo senso più ampio, è quello strato sociale che si sta effettivamente dimostrando di particolare valore per la società. È qui che van Breugel si collega alle discussioni della fine del XVIII secolo. È qui che si può avere un'idea di ciò che costituisce il fulcro del dibattito politico del primo Ottocento nei Paesi Bassi, nella fase di passaggio alla moderna democrazia parlamentare.

Nonostante tutta la sua semplicità, c'è del vero nell'affermazione secondo cui nei Paesi Bassi le grandi lotte politiche alla vigilia della Rivoluzione francese riguardavano essenzialmente la questione se a prevalere dovessero essere le forze aristocratiche o quelle democratiche[14], vale a dire se il popolo olandese dovesse essere identificato con le sue tradizionali classi dirigenti o con la moltitudine dei cittadini indipendentemente dal ceto, dal rango o dalla religione professata. I democratici impiegarono specialmente il linguaggio dei diritti, mentre gli aristocratici fecero propri i principi della diversità funzionale e dei pesi e contrappesi, del privilegio e del diritto e dell'ordine.

Ciascuno dei due raggruppamenti era diviso sulla questione del ruolo della casa d'Orange nel sistema politico. Alcuni democratici credevano nella funzione di tutela del principe d'Orange; altri optavano per una piena sovranità popolare repubblicana. Alcuni aristocratici erano convinti di poter sopravvivere solo assieme a un «capo autorevole» della repubblica; altri, al contrario, credevano che la casa d'Orange in realtà scoraggiasse il benefico ruolo degli interessi commerciali. Grazie a recenti ricerche storiche, sta diventando

[14] S. SCHAMA, *Patriots and Liberators*, cit.

sempre più chiaro che questi diversi giudizi sulla casa d'Orange sono espressione di un profondo dissenso su ciò che costituisce una vera comunità politica. Ci si avvicina a capire che, a lato della distinzione piuttosto generale tra il linguaggio del repubblicanesimo classico e quello del diritto naturale, è in corso una fondamentale disputa: quella su ciò che costituisce una comunità politica.

Sono così giunto a definire il seguente schema di divisioni e di possibili coalizioni:

	Aristocratici	Democratici
Orangisti	Costituzione mista Repubblicanesimo classico Reggenti-Orangismo (es. Elie Luzac)	Orangismo popolare «Il Principe difende il popolo dal dispotismo oligarchico»
Anti-orangisti	Vera libertà Repubblicanesimo Tradizione di De Witt, De la Court (es. Jan Wagenaar)	Sovranità popolare/diritti naturali *Van der Cappellen tot den Pol*

FIG. 1. Dimensione della rappresentanza nei linguaggi politici della tarda Repubblica.

Queste divisioni spiegano perché il malcontento popolare si era diretto talvolta contro gli Orange, talvolta contro l'oligarchia dei reggenti e perché in assenza degli Orange (1795-1813) questi ultimi riconquistarono facilmente la loro precedente posizione di dominio.

VI. *La vita politica di un regno*

Visto che la costituzione del 1815, con l'introduzione di una monarchia costituzionale nei Paesi Bassi, aveva posto fine al

ruolo – sostanzialmente avversato – della casa d'Orange, anche la contrapposizione orangisti/anti-orangisti perse la sua centralità nel dibattito concernente l'articolazione delle varie nozioni di comunità politica. Come si può interpretare questo riallineamento? Una risposta a questa domanda potrebbe essere quella di eliminare la contrapposizione orangisti/anti-orangisti dallo schema presentato sopra, col che si resterebbe a quanto pare solo con la contrapposizione tra democrazia e aristocrazia. Ma ciò non potrebbe assolutamente funzionare perché presupporrebbe che linguaggi politici molto diversi potessero venir combinati tra loro. Si dovrebbe piuttosto presumere che, con la scomparsa della contrapposizione orangisti/anti-orangisti, erano destinati ad aver luogo riallineamenti più specifici. Uno di questi è evidenziato dal caso di van Breugel che combinava l'opzione per la costituzione mista con quella per i diritti naturali. Egli sostiene infatti che nella coesione organica della comunità politica locale risiede il fondamento della cittadinanza. Gli individui diventano cittadini all'interno del contesto socioeconomico in cui la rappresentanza come rapporto di fiducia trova il suo naturale *milieu*. Senza dubbio ciò non significava difendere un ordine feudale perché in senso stretto non esisteva niente di simile nei Paesi Bassi – fatta eccezione per certi distretti rurali dove alcuni diritti feudali continuarono ancora a sopravvivere fino alla fine del XIX secolo. Ma questo non era il caso della Frisia, contea natale di van Breugel. Egli si stava riferendo all'autonomia locale della passata Repubblica che desiderava conservare e usare come base dell'unità nazionale.

I suoi avversari, i liberali, incoraggiavano un diverso tipo di identità politica, approfittando del nascente nazionalismo olandese. Il riferimento al passato dell'antica Repubblica si richiamava a un diffuso orgoglio nazionale, più che alla storia delle istituzioni politiche repubblicane da essi disprezzate. Essi erano gli eredi dei sostenitori radicali del diritto naturale. Sostenevano che un governo forte presuppone due cose: prima di tutto il predominio delle persone capaci e, in secondo luogo, un tipo di legittimazione del loro ruolo di guida nei confronti della popolazione che garantisca il suo

Aristocratici	Democratici
Costituzione mista Repubblicanesimo classico	Orangismo popolare
rappresentanza per ceti	rappresentanza diretta per rafforzare il legame tra il re e la nazione
Vera libertà – Repubblicanesimo	Sovranità popolare/diritti naturali
rappresentanza provinciale «il fiore della nazione»	rappresentanza diretta come forma di democrazia

FIG. 2. Posizioni relative alla rappresentanza nei linguaggi politici del primo periodo della Monarchia olandese.

esplicarsi indisturbato. Siccome il centro della politica era adesso l'Aja invece di una pluralità di città e province, essi optarono per una cittadinanza nazionale svincolata dai poteri locali, che fungevano da contrappeso, e per relazioni politiche astratte, ridefinendo la comunità politica al fine di dare al centro politico la libertà di decidere da sé la propria rotta[15]. Poiché la contrapposizione orangista/anti-orangista era ormai venuta meno, questi liberali cercarono di unire le proprie forze con quelle degli ex orangisti populisti che, come Mabé, credevano che le elezioni dirette rafforzassero il legame tra sovrano e popolo[16]. Comunque, i due raggruppamenti avevano posizioni alquanto diverse riguardo all'estensione del censo. Tra loro, i liberali tendevano a essere più restrittivi, poiché il diritto di voto «doveva essere vincolato al pagamento di determinate imposte sulla ricchezza o sul reddito»[17]. Al fine di vincere la battaglia per la nuova definizione di cittadinanza, i 'democratici' riuscirono a dividere i

[15] Questa posizione si rispecchia nello spinoziano T.M. ROEST VAN LIMBURG, *Ontwerp van regstreekse verkiezingen en zamenstelling der Staten-Generaal in Nederland*, Arnhem 1939, pp. 11-13.

[16] P. MABÉ JR., *Vlugtige bedenkingen*, cit., pp. 33-46.

[17] ANONIMO, *De groote behoefte*, cit., pp. 50-52.

loro avversari aristocratici incorporando gli interessi delle province nel loro programma[18]. Ciò si riflesse in seguito nella costituzione del 1848 in base alla quale gli Stati Provinciali rimasero in vita sia come livello di governo che come corpo elettorale, anche se solo limitatamente alla prima camera, la meno importante. Questa nuova coalizione era chiaramente troppo potente per van Breugel e i suoi alleati ideologici. Il sistema di rappresentanza per ceti (*estates*) della passata Repubblica non ottenne altro che di essere considerato irrimediabilmente anacronistico e superato. Inoltre esso divenne facilmente il capro espiatorio di tutti i difetti dell'ordine politico.

In altre parole, si può dire che i nuovi lessici politici che si diffusero all'inizio del XIX secolo abbiano di fatto trasformato la contrapposizione orangisti/anti-orangisti in una nuova antitesi tra unità nazionale e comunità locale, tra cittadinanza nazionale e politica e cittadinanza locale ed economica. Il primo Ottocento fu perciò testimone dell'ultimo stadio di sviluppo del regime della passata Repubblica. Vide il sorgere di un dibattito precisamente su quello che era stato un aspetto caratteristico della Repubblica olandese, rappresentato dal singolare rapporto tra gli aspetti economici e politici della cittadinanza.

VII. *La conclusione del dibattito*

Ho sostenuto che la situazione dei Paesi Bassi era diversa da quella di altri paesi europei sotto due profili: il primo è che i Paesi Bassi si erano prefissi di andare oltre la propria storia di Repubblica mercantile (laddove altri paesi erano occupati a superare il proprio passato feudale); il secondo è dato dal fatto che dovettero tradurre i precedenti linguaggi permeati di slancio pro- o anti-orangista in lessici appropriati al nuovo regno. Il primo risultato fu un riallineamento dei linguaggi politici. Attraverso il richiamo, in vari modi, al periodo della Repubblica e la definizione di diverse nozioni di co-

[18] L. BLOK, *Stemmen en kiezen*, cit., p. 142.

munità politica si sviluppò una nuova giustapposizione di discorsi politici. Questo nuovo dibattito fu assai fecondo per molti aspetti. Ebbe il fondamentale vantaggio di offrire l'opportunità di passare attentamente in rassegna gli aspetti pregevoli del precedente regime prima di intraprendere nuove strade. Inoltre, liberò il dibattito politico olandese dalla pietrificante contrapposizione tra 'conservatorismo' e 'radicalismo', poiché nel contrasto tra 'cittadinanza locale' e 'cittadinanza nazionale' gli olandesi furono costretti ad affrontare un fondamentale problema dello Stato moderno, vale a dire in che modo prevenire la «politica della società di massa» con i suoi connessi fenomeni di anomia e anonimato.

Ma, come si è detto, il dibattito non era arrivato ancora a una effettiva conclusione. Questa doveva essere raggiunta dopo il compiersi di una seconda 'rivoluzione', quella del 1848, durante la quale il re Guglielmo II «si trasformò all'improvviso da conservatore in liberale». Benché riguardasse essenzialmente le prerogative regie e il significato della monarchia costituzionale, questa seconda rivoluzione condusse a una nuova costituzione che venne completata nel 1848. Fu questa costituzione che di fatto pose fine al dibattito di cui si è dato conto. Le proposte costituzionali di Thorbecke incorporarono una sintesi assai prudente di entrambe le posizioni a confronto nella discussione. Egli contribuì a indirizzare i cittadini in due direzioni. Da un lato, la cittadinanza locale conteneva il principio di autonomia locale entro i confini precisamente stabiliti della politica nazionale, dall'altro la cittadinanza nazionale veniva indicata come fondamentale principio della rappresentanza nazionale. Egli si sbarazzò delle elezioni indirette per la camera dei rappresentanti, ma le mantenne per la prima camera (senato) riformata. Dall'entrata in vigore di questa costituzione, i membri del senato vengono eletti da un collegio composto dagli Stati provinciali, i quali, a loro volta, hanno cessato di essere designati in modo indiretto. Si era posta fine alla relazione tra la comunità locale e la politica nazionale, senza comunque far scomparire queste stesse comunità politiche locali. In realtà esse continuano ancora ad avere una straordinaria importanza nella politica olandese.

Per dirla con Thorbecke, la nuova costituzione aveva introdotto una duplice nozione di cittadinanza: politica ed economica. I disorientanti conflitti dei periodi precedenti erano stati superati. Il nuovo compromesso ebbe almeno i quattro seguenti risultati: 1. portò i Paesi Bassi a riallinearsi nuovamente con il processo di secolarizzazione della partecipazione politica; 2. diede spazio a diverse interpretazioni del cosiddetto 'secolo d'oro' olandese; 3. favorì l'adattamento ai mutati modelli socio-economici; 4. mostrò l'importanza della costituzione e della codificazione.

VIII. *Conclusioni*

In breve, la nascita di una idea moderna di cittadino nei Paesi Bassi deve essere vista alla luce delle concezioni repubblicane del periodo precedente. Ai tempi della Repubblica, il carattere irrisolto del concetto di cittadinanza nel contesto di un regime politico conflittuale diede luogo a un complesso di lessici politici tra loro contrapposti. Dopo il periodo napoleonico, questi lessici furono liquidati dalla proclamazione della monarchia degli Orange. Tutta l'attenzione venne perciò concentrata esclusivamente sulla contrapposizione tra diritto naturale e umanesimo civico.

La partecipazione e il rapporto fiduciario evocano le condizioni locali della cittadinanza, l'eguaglianza davanti alla legge presuppone uno Stato nazionale e unitario. Benché questa concezione moderna della cittadinanza sia talvolta descritta come un ritorno a Giovanni Althusius e al suo principio calvinista delle articolazioni della sovranità (simile al concetto – cattolico – della sussidiarietà), ho cercato di mostrare che in sostanza questo è stato il risultato di tensioni irrisolte nel pensiero repubblicano del tempo delle Province Unite. O, come si espresse Thorbecke: «Più un organismo è sviluppato, più i suoi membri sono liberi e maggiore la loro cooperazione nell'interesse dell'insieme»[19]. Thorbecke ha fatto

[19] J.R. THORBECKE, *Staatburgerschap*, ... p. 88: «Hoe hooger ontwikkeld organisch wezen, des te vrijer de leden, des te grooter hunne medewerking tot regeling van het geheel».

correttamente notare che il capitale e la cittadinanza tendevano a congiungersi per dar vita a una nuova classe, e con essa a una barriera tra membri dello Stato che erano o non erano competenti. Questo tema comunque non fa più parte della nascita dell'idea moderna di cittadinanza nei Paesi Bassi, ma di quella dello Stato sociale come ulteriore articolazione della categoria fondamentale di democrazia.

Autore e proprietario. Per una ricerca sui «diritti dell'ingegno» alle origini dell'Italia liberale

di *Pasquale Beneduce*

1. *I nomi dell'ingegno*

«Non solo scriviamo la storia di una istituzione, la quale come fatto storico è incompiuta, ma indichiamo il risultato finale di essa... Noi non vogliamo né possiamo negare una... impossibilità per il diritto di proprietà letteraria di ricevere una definizione legislativa che escluda qualunque dubbio sulla sua esistenza»[1].

Questi enunciati un po' paradossali appartengono ad uno dei primi saggi organicamente dedicati nella seconda metà del secolo al tema dei diritti dell'ingegno. Il giurista napoletano Antonio Turchiarulo se ne serviva per illustrare l'espressione non meno singolare di «storia futura», immagine esatta – a suo dire – della parabola ancora imperfetta della «proprietà letteraria».

Il prologo di una ricerca sul paradigma dell'a u t o r e[2] nel-

[1] A. TURCHIARULO, *La proprietà letteraria*, Napoli 1857, pp. 12 e 100.

[2] La rivisitazione critica del nesso autore-proprietà si deve a M. FOUCAULT, *Qu'est-ce qu'un auteur?*, in «Bulletin de la société française de philosophie», LXIV, luglio-settembre 1969, pp. 73-104; in italiano, *Che cos'è un autore?*, in M. FOUCAULT, *Scritti letterari*, trad. parziale e introduzione di C. Milanese, Milano 1971, pp. 14-21. Sullo stesso tema fra i maggiori contributi apparsi negli ultimi anni cfr. M. WOODMANSEE, *The Genius and the Copyright: Economic and Legal Conditions of the Emergence of the «Author»*, in «Eighteenth-Century Studies», 17, 1984, pp. 425-448; M. ROSE, *The Author as Proprietor: Donaldson v. Becket and the Genealogy of Modern Authorship*, in «Representations», 1988, n. 23, pp. 51-85; C. HESSE, *Enlightenment Epistemology and the Laws of Authorship in Revolutionary France, 1777-1793*, in «Representations», 1990, n. 30, pp. 109-137 e R. CHARTIER, *L'ordre des livres. Lecteurs, auteurs, bibliothèques en Europe entre XIVe et XVIIIe siècle* (1992), trad. it.

l'Ottocento italiano potrebbe consistere proprio nella «questione definitoria» evocata dallo studioso: l'insufficienza descrittiva delle scelte espressive del legislatore ottocentesco, in bilico fra i nomi diversi del privilegio, della privativa, della pertinenza, del diritto *sui generis* e della proprietà[3]. Tali nomi riflettevano invariabilmente nel secolo delle codificazioni il profilo irrisolto e la costituzione instabile del concetto di proprietà letteraria.

Propongo alcuni esempi. Negli Stati preunitari, l'articolo 323 del Codice Penale del 1819 nel Regno delle due Sicilie e la norma piemontese del 1826 tutelavano ancora espressamente i privilegi librari. Più tardi il Codice Albertino del 1837 proclamava le produzioni dell'ingegno umano proprietà dei loro autori. Nel periodo dell'unificazione continua ad agitarsi di progetto in progetto una questione linguistica che resta variamente disattesa. Mentre il progetto Pisanelli del Codice Civile conservava il lemma proprietà, l'articolo 437 del testo definitivo del 1865 adottava il criterio meno impegnativo di pertinenza: «le produzioni dell'ingegno appartengono ai loro autori». La commissione senatoria aveva infatti chiesto nella relazione De Foresta:

«di non chiamare senza assoluta necessità nelle aule parlamentari la questione che ferve fra gli scienziati se codesto diritto sia una

L'ordine dei libri, Milano 1994, a cui si rinvia anche per una bibliografia più ampia. Per una ricognizione del diritto d'autore negli stati europei del secolo XIX, cfr. E. WADLE (ed), *Historische Studien zum Urheberrecht in Europe*, Berlin 1993, in particolare il saggio di D. KLIPPEL, pp. 121 ss.

[3] Sulla tematizzazione della proprietà nella 'paleocivilistica' italiana è d'obbligo il rinvio ai numerosi contributi di P. Grossi. Al volume su *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà nella coscienza giuridica postunitaria*, Milano 1977, sono seguiti i saggi: *Tradizione e modelli nella sistemazione postunitaria della proprietà* (1977), *Resistenze e modelli culturali nella dottrina giuridica ottocentesca: la nozione di usufrutto nelle riflessioni civilistiche francese e italiana* (1980); *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico* (1988); *La cultura giuridica di Giovanni Zucconi* (1989); *Assolutismo giuridico e proprietà collettive* (1990-1991), raccolti in P. GROSSI, *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano 1992.

vera proprietà, o un altro diritto *sui generis* che possa più giustamente chiamarsi privativa, privilegio o simili: questione che crediamo più di nome che di sostanza»[4].

Ancora, nel 1862 il progetto – poi decaduto per la chiusura della sessione – del ministro Pepoli, pur intitolato ad una legge speciale sulla p r o p r i e t à l e t t e r a r i a, era accompagnato da una relazione dello stesso ministro sostanzialmente limitativa nei confronti della proprietà degli autori, come riconoscerà poco dopo l'Ufficio Centrale del Senato che riesaminava nel 1863 il testo presentato nuovamente dal ministro Manna. Scriveva infatti Pepoli che «se ad incoraggiare i buoni studi, a promuovere l'incremento del sapere, ad accordare a chi lavora, nell'interesse della società, una ricompensa» era necessario ed equo «concedere alcune agevolezze e guarentigie, s i m i l e c o n c e s s i o n e» non avrebbe potuto «mai sussistere come una vera proprietà». Ricordava ancora Pepoli che la proprietà si definiva come il diritto assoluto, esclusivo e perpetuo di godere, di trasmettere indefinitivamente e di disporre di una cosa. Citando il Manzoni, Pepoli aggiungeva che la proprietà ha per sua materia naturale e necessaria enti reali ed è «tutta intera in ogni parte dell'ente posseduto». Tutti questi caratteri, concludeva, non si riconoscevano «nelle leggi anche più late» sull'ingegno che limitavano «ad un numero più o meno grande di anni» la durata della «facoltà esclusiva di riproduzione riservata agli autori». Pepoli proponeva pertanto il nome di «diritto di pubblicazione»[5]. Nel 1864 Antonio Scialoja nella sua relazione al nuovo progetto divenuto di lì a poco legge sui «diritti spettanti agli autori delle opere d'ingegno» – una significativa perifrasi che evitava ancora una volta di utilizzare il termine proprietà – scriveva che per superare «vane dispute di parole non si volle né definire né nominare que-

[4] Cfr. *Atti del Senato del Regno*, sessione 1863, n. 45 bis, p. 8.

[5] Cfr. *Atti del Senato del Regno*, sessione 1861-1862, tornata 18 novembre 1862, pp. 6 ss. Il testo definitivo del 1865 disponeva all'art. 1 che «gli autori delle opere di ingegno hanno il diritto esclusivo di pubblicarle e quello di riprodurle e di spacciarne le riproduzioni».

sto diritto», in quanto non spettava alla norma di «risolvere quest'ardua questione di nomenclatura legale»[6].

Si deve infine ricordare che la lunga circonlocuzione che titolava il Regio Decreto del '65 era stata a sua volta il frutto di un'ulteriore correzione che aveva rovesciato nuovamente una precedente dicitura normativa: nella legge complessiva di unificazione del 2 aprile 1865 infatti il progetto compariva come «legge per la proprietà letteraria ed artistica». La modifica definitiva che cancellerà il termine proprietà, viene giustificata richiamando la differenza fra il diritto d'autore e il «vero ed assoluto diritto di proprietà».

In modo non dissimile la legislazione degli altri Stati europei mostrava spesso un segno incerto e incompiuto. In una «panoramica», compilata da Moise Amar alla metà degli anni settanta, la legge francese del 1793, quella spagnola del 1847, quella portoghese del 1851, l'*Urheberrecht* della legislazione germanica nonché la stessa normativa statunitense del 1870 erano accomunate da una identica difficoltà definitoria circa «l'esatta designazione di ciò che formi l'oggetto dei diritti d'autore»[7].

Siamo appena agli inizi di una strategia di esclusione e di una simmetrica rinominazione di campi e figure, nelle quali si cerca di identificare alle origini dell'Italia liberale il tema instabile dell'autore.

Si può notare come alle oscillazioni costanti del linguaggio giuridico si aggiungessero in questo orizzonte le suggestive osservazioni critiche dirette nei confronti della proprietà letteraria da un testimone d'eccezione come Alessandro

[6] A. SCIALOJA, *Relazione senatoria al progetto di legge sulla proprietà letteraria ed artistica dell'Ufficio Centrale del Senato*, in *Atti del Senato del Regno*, sessione parlamentare 1863, n. 21 bis, *Relazioni*, Roma 1873, pp. 1-92. Un primo commento al Regio Decreto del 1865 è in R. DRAGO, *Annotazioni alla legge 25 giugno 1865*, Genova 1865.

[7] M. AMAR, *Dei diritti degli autori di opere dell'ingegno. Studi teorico-pratici sulla legislazione italiana in rapporto con le leggi delle altre Nazioni, coi trattati internazionali e colle decisioni dei magistrati italiani e stranieri*, Torino 1874, pp. 41-43.

Manzoni. Le sue opinioni, contrarie alla metafora proprietaria, conferivano spesso un singolare incipit letterario alla discussione scientifica, cedendo consistenti argomenti polemici a quei giuristi che con maggior forza avversavano l'equazione tra l'opera dell'ingegno e la proprietà. Moise Amar per esempio avrebbe ripetutamente citato il monito espresso dal Manzoni in una lettera indirizzata a Gerolamo Boccardo. Il Manzoni, protagonista con Felice Le Monnier di un lungo contenzioso giudiziario negli anni 1843-1861 per la pubblicazione, da parte del tipografo toscano, dei *Promessi sposi* senza il consenso dello scrittore[8], aveva osservato che il nome di proprietà letteraria non era scaturito «dall'intuito dell'essenza della cosa», ma da una semplice analogia, innalzata in modo tanto imperioso quanto improprio a figura teorica. A giudizio dell'autore, la metafora della proprietà letteraria era soltanto un «traslato» che come tutti quelli del suo genere diventa

«un sofisma quando se ne vuol fare un argomento; sofisma che consiste nel concludere da una somiglianza parziale a una perfetta identità»[9].

Tali controversie che riguardavano l'esistenza retorico-metaforica e quella linguistico-normativa del diritto dell'ingegno, suggerendone una sorta di profilo permanentemente incompiuto, lasciavano aperte ai giuristi due parallele possibilità «costruttive» dell'istituto. Per un verso si legittimava l'esercizio di analogia – e in alcuni casi il tentativo di

[8] Sulla causa Manzoni-Le Monnier cfr. G. BOCCARDO, *Parere sopra una questione insorta tra Alessandro Manzoni e Felice Le Monier*, Firenze 1860. Ma soltanto nel 1864 una transazione promossa da Gasparo Barbera metteva fine alla controversia: cfr. G. BARBERA, *Memorie di un editore* (1883), Firenze 1930, pp. 213-236. Per una breve ricostruzione dell'intera vicenda cfr. D. GIURIATI, *Il plagio*, Milano 1903, pp. 126 ss.

[9] Il titolo del saggio manzoniano è *Intorno ad una questione di cosiddetta proprietà letteraria*, in *Prose varie*, Milano 1869, p. 172. Sullo stesso tema cfr. di G. BOCCARDO la voce *Proprietà letteraria*, in *Dizionario dell'economia politica e del commercio*, Torino 1857, IV, p. 246. Il passaggio manzoniano veniva citato da M. AMAR in *Dei diritti degli autori di opere dell'ingegno*, cit., pp. 11-12, 14, 24-25.

una seppur imperfetta equazione – tra il classico diritto di proprietà[10] e questo «nuovo genere di proprietà», non meno «naturale», attribuito all'autore. Nell'utopia concreta di una «storia futura della legislazione» si sarebbero presto assicurate in un «solo articolo» le stesse garanzie di universalità «senza differenze di persone e di cittadinanza» di cui già godeva la proprietà delle cose. Per un altro verso si autorizzava una ambiziosa retrospezione – così ancora Turchiarulo – che, raccogliendo tracce, anticipazioni e promesse del «principio di proprietà letteraria» nel sistema europeo d'*ancien régime*, provasse a fondare storicamente in quel luogo d'origine il «nuovo genere» del diritto dell'ingegno. Come si vedrà, l'appropriazione disinvolta di quelle origini, che la cultura giuridica dell'Ottocento persegue con una forte immaginazione comparativa, produce nella trama dei suoi discorsi nuove aporie.

[10] Come è noto Paolo Grossi segnala nella prima civilistica italiana, percorsa da una pluralità di concezioni in tema di proprietà delle cose, una dialettica costante fra l'archetipo dell'assoluta proprietà – riflesso nei principi dell'articolo 544 del *Code civil* e nell'articolo 436 del codice del 1865 – e le sue declinazioni e relativizzazioni sempre più numerose: «né l'articolo 544 del *Code civil*, né l'articolo 436 del codice del '65 esauriscono il fenomeno proprietà, ma ne delineano solo un tipo astratto ed esemplare costruito almeno nella parte definitoria su *la* proprietà senza aggettivazioni, sulla sua nozione intrasoggettiva e metastorica; di quella nozione la nozione dei Codici riteneva infatti l'esasperata assolutezza come suo principio informatore. Il quadro che ci offrono dichiaratamente alcune perspicue riflessioni e velatamente tutto l'orientamento dottrinale va dunque dal *dominium sui* ai *dominia minus plena*, da *la* proprietà – che non può non essere pura e perfetta – ai *diritti di* proprietà imperfetta, da *la* proprietà che è il fondamento ontologico di tutte le altre ma che è un fenomeno metastorico, forse irraggiungibile nella realtà di tutti i giorni, ai *diritti di* proprietà imperfetta di cui è gremita la vita quotidiana come esperienza di relazione. E il discorso, che sembrava tutto incentrato sulla concorde qualificazione della proprietà come situazione la più assoluta, esclusiva, unitaria, perpetua, si sposta insensibilmente sulle proprietà imperfette» (*Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà*, in *Il dominio e le cose*, cit., pp. 508-509, corsivo nel testo). Raccogliendo queste suggestioni si può osservare come proprio tale dialettica lasciasse aperto il campo agli enunciati e alle figure che si produssero intorno alla «metafora» della proprietà letteraria.

In questo modo numerose fonti vengono forzatamente incluse nelle storie a disegno premesse dalla dottrina ai propri studi, quali argomenti a favore dello sviluppo geometrico del diritto dell'autore e del «principio della proprietà letteraria». Al tempo stesso in modo non meno paradossale si nega – nel secolo della codificazione e delle libertà individuali – un'esistenza «compiuta» e pienamente visibile a questo diritto di «nuovo genere», riconsegnandolo così suo malgrado alla linea d'ombra della metafora proprietaria.

Turchiarulo iscriveva per esempio senza alcuna esitazione in una irresistibile traiettoria dei diritti alcuni testi settecenteschi nati in Francia all'interno dei conflitti fra librai della capitale e librai di provincia. Traduceva così il lungo passaggio di una nota memoria di Louis d'Hericourt del 1725 scritta a favore dei privilegi dei librai di Parigi:

«Non sono i privilegi, che il Re accorda ai librai, che li rende proprietari delle opere, che essi stampano, ma è il solo acquisto del manoscritto, di cui l'autore trasmette loro la proprietà per il prezzo che ne riceve. Un monoscritto che non contiene alcuna cosa di contrario alla religione, alle leggi dello Stato, e all'interesse dei particolari, è nella persona dell'autore un bene, che gli è talmente proprio, che non è permesso spogliarlo più che del suo denaro, dei suoi mobili, ed anche d'una terra, perché è il frutto del lavoro che gli è personale, e di cui egli deve avere la libertà di disporre a suo piacere per procacciarsi oltre l'onore, che ne spera, un mezzo per soddisfare i suoi bisogni e quelli delle persone, che gli sono unite coi legami del sangue, dell'amicizia e della riconoscenza»[11].

Il giurista italiano attribuiva inequivocabilmente a d'Hericourt il proposito di porre il diritto degli autori al di sopra dei privilegi. Nei fatti non solo

[11] A. TURCHIARULO, *La proprietà letteraria*, cit., p. 24. Su questa memoria di Louis d'Hericourt cfr. le importanti osservazioni di R. CHARTIER, *L'ordine dei libri*, cit., pp. 45-46.

l'ispirazione generale del testo aveva come referente principale il privilegio dei librai, ma la sua stessa grammatica simbolica ne segnalava puntualmente l'appartenenza al sistema dei privilegi e al mondo particolare delle corporazioni. È significativa a questo proposito la sequenza linguistica di espressioni come onore, legami di sangue, amicizia, riconoscenza, nella quale si iscriveva il riconoscimento della libertà particolare dell'autore di disporre a suo piacere del bene costituito dal manoscritto. Per di più la lettura parallela di altre fonti riportate dallo stesso giurista suggeriva che proprio la «mancanza» di una corporazione degli autori, simile alle altre «compagnie» di arti e mestieri che costellavano lo scenario d'*ancien régime*, fosse stata la ragione della loro scarsa visibilità. Si profila così il ritratto singolare di un autore contemporaneamente in anticipo (per quanto riguarda i diritti) e in ritardo (per quanto riguarda la non disponibilità di una corporazione) rispetto all'orizzonte temporale delle sue prime accertate apparizioni. Tanto la protesta anonima del 1720, il *Mémoire sur les vexations qu'exercent les libraires et imprimeurs de Paris* – secondo il quale «gli autori non formano una corporazione simile a quella dei librai» – quanto gli scritti polemici di Diderot e di Voltaire nella seconda metà del secolo attestavano – pur con giudizi differenti – la regola del sistema dei privilegi e delle corporazioni: «per gli uomini di lettere è tutt'altra cosa», scriveva Voltaire negli stessi passaggi citati dal giurista ottocentesco, «debbono lasciarsi schiacciare, poiché non fanno corpo, e sono delle membra sparse».

Il testo del d'Hericourt è oggetto di un non dissimile esercizio di analogia nell'immaginario punto di arrivo della riflessione compiuta in Italia dai giuristi sul paradigma dell'autore: si pensi ad esempio al trattato di Nicola Stolfi, dedicato nel 1911 alla proprietà intellettuale. Il testo di d'Hericourt continuava a ricoprire la stessa funzione di luogo d'origine dell'enunciazione dei diritti dell'autore, ma il giudizio si faceva più prudente e articolato. Il riferimento agli «autori», nell'orizzonte d'*ancien régime* dominato dal primato dei privilegi e delle corporazioni, è un ar-

g o m e n t o significativo, ma viene restituito da Stolfi, più propriamente, agli scopi perseguiti nella disputa dai suoi protagonisti:

«I diritti degli autori formarono il motivo fondamentale per chiedere il rigetto dell'istanza dei librai di provincia. Deve perciò ritenersi che la coscienza di tali diritti fosse matura, se ad essi facevano ricorso gli editori, che per ragione di affari sono i naturali antagonisti degli autori»[12].

La revisione storica avviata da Stolfi compiva altri passi significativi. In primo luogo il civilista riservava nel racconto delle origini un posto rilevante al laboratorio nazionale, pubblicando per esteso il testo del privilegio, «il primo che si conosca con sicurezza» in Italia, concesso al tipografo Giovanni De Spira il 18 settembre 1469 dal Collegio di Venezia[13], e collocando poi di nuovo a Venezia un evento decisivo – paragonabile sul piano nazionale a ciò che per la Francia era stata la difesa preparata da d'Hericourt – per poter affermare una discontinuità tra la storia del privilegio e la maggiore visibilità del «nuovo diritto» dell'autore. Se «dal lato patrimoniale» dei diritti d'autore non vi erano documenti sicuri, a l m e n o d a l l a t o m o r a l e – a suo giudizio – quei diritti si erano affermati già nella *Parte* decisa il 17 febbraio 1545 dal Consiglio dei Dieci – che aveva prescritto l'obbligo per gli stampatori di presentare all'autorità un documento autentico «da cui risultasse che l'autore o i suoi parenti più prossimi consentivano alla stampa o alla vendita del libro» – e più tardi, quando ormai molti privilegi erano concessi tanto agli editori quanto agli autori, nella *Terminazione* del 20 luglio 1780, approvata nello stesso anno dal Senato veneziano, con la quale si erano resi p e r p e t u i i privilegi librari, «prima che per lo stampatore», per gli stessi autori «come si è sempre praticato».

[12] N. STOLFI, *La proprietà intellettuale* (1911), Torino 1915, I, p. 84.

[13] *Ibidem*, p. 16. Il testo era stato pubblicato dal MORENO, *Monumenti del principio della stampa in Venezia*, Venezia 1793, e successivamente da R. FULIN, *Documenti per servire alla storia della tipografia veneziana*, in «Archivio veneto», XXIII, 1882, pp. 99 ss.

Pertanto, concludeva con una secca deduzione il giurista italiano – che imprimeva così un nuovo slittamento linguistico dal privilegio al diritto in virtù dell'argomento del «lato morale o personale» della tutela – «se anche non espressamente sancita nelle leggi, la tutela degli autori era implicitamente ammessa a Venezia»[14].

Gli spostamenti e le retrodatazioni impresse nell'atto di nascita del paradigma dell'autore non sortivano però tutti gli effetti ricercati dalla ricognizione per via storica intrapresa dalla dottrina. La figura dell'autore continuava a comparire esclusivamente, come in uno specchio rovesciato, all'incrocio di un passaggio, se non del tutto mancato per lo meno imperfetto, dal sistema dei privilegi a quello dei diritti. Fino a tutto il secolo diciottesimo, testimoniava per esempio Stolfi, il consenso dell'autore restava generalmente sacrificato di fronte alle aspettative di profitto che un editore avesse coltivato in previsione della stampa dell'opera in un altro paese: «questo abuso – commentava Stolfi – è durato fin quasi ai nostri giorni». Il giurista italiano ricordava il caso emblematico dei libri di Voltaire. Un editore di Tolone che stampava nel 1772 le *Pélopides* di Voltaire, ricavandole dalle opere complete pubblicate a Losanna, vi premetteva queste considerazioni:

«Tout ce qui sort de la plume de M. de Voltaire est en droit d'intéresser le public. Il vient de paraître une tragédie nouvelle dans l'édition de tous ses ouvrages, qu'on imprime actuellement à Lausanne, en Suisse, chez F. Grosset et Compagnie; j'ai cru devoir imprimer cette pièce séparément: comme souscripteur de cette grande et riche collection, j'espère che M. de Voltaire ne me saura pas mauvais gré d'avoir mis ce nouveau drame à portée d'être admiré par un plus grand nombre de lecteurs»[15].

Né migliore destino attendeva il libro di un autore, nonostante quest'ultimo ne avesse rivendicata la paternità, di fronte all'uso dei tipografi di «intitolare a qualche noto scrittore

[14] N. STOLFI, *La proprietà intellettuale*, cit., p. 30.

[15] *Ibidem*, pp. 70-71.

una qualunque opera». Stolfi rievocava brevemente la vicenda esemplare di un testo di Giuliano Liliano, che aveva attraversato quasi tre secoli, toccandogli in sorte di essere creduto scritto addirittura dal Tasso e circolando così puntualmente con un titolo diverso dall'originale:

«Può addursi '*La disperazione di Giuda*, poemetto del signor Torquato Tasso, Agl'Illustrissimi Signori Nicolò Barbarigo, e Marco Trevisano. In Venezia, M.DC.XXVII, appresso Francesco Baba, ad istanza di Giacomo Scaglia; in 8°'. Esso era stato in realtà già stampato in Udine presso Gian Battista Natolini, 1601, sotto il suo vero titolo: '*L'impenitenza di Giuda* di Giuliano Liliano'. Quando questi venne a notizia della cosa, chiese allo Scaglia di modificare il titolo, e quindi ne interessò anche il suo amico Ciro de Pers: 'Il medesimo Scaglia già mi promise di mutar l'iscrizione all'*Impenitenza di Giuda*, pubblicata sotto il nome del signor T. Tasso, avendogli io fatto constare opera mia; passa tuttavolta sotto l'istesso nome, onde per grazia V.S. Ill.ma si contenti consigliarlo che la muti, perché in altro modo io sarei sforzato di far una dichiarazione di questo fatto, che gli sarebbe di pregiudicio e di poco gusto. D'Alnico, li 18 giugno 1633'. Non ostante però tale minaccia, non solo lo Scaglia non mutò nulla, ma sono state fatte parecchie edizioni del poemetto, anche in seguito, col nome del Tasso, fino a quelle di Bologna (1806), e di Prati (1815)»[16].

Nello scenario incerto e contraddittorio che torna continuamente a segnare il racconto delle origini recitato dalla dottrina, il passaggio dal sistema di privilegi al «nuovo diritto» restava pertanto non del tutto giustificato e solo parzialmente illuminato. Nel suo presunto punto di arrivo questo processo acquistava suo malgrado il nome obbligato della metafora della proprietà, in mancanza di altre rappresentazioni plausibili delle prerogative dell'autore e di una chiara e univoca definizione legislativa. Stolfi infatti ricordava come sul finire del Settecento i giuristi cominciassero a sostenere che la «protezione» delle leggi non dovesse fondarsi sulla c o n c e s s i o n e di un privilegio. Essi osservarono che «per quanto fossero regolati dall'equità naturale», i privilegi «non tutelavano sufficientemente gli autori, perché poteva-

[16] *Ibidem*, p. 71.

no pure non essere concessi o venire accordati per uno spazio di tempo più o meno lungo». Pertanto, poiché l'effetto della tutela che l'autore conseguiva col privilegio era di «non vedere la sua opera riprodotta da altri, l'esclusione degli altri dal godimento della cosa propria», i giuristi «giuste le tendenze del tempo, si sforzarono di classificare questo nuovo diritto tra le tabelle schematiche tramandate dal diritto romano». Segnalando in questo modo il paradosso delle scelte dottrinarie, così concludeva lo Stolfi:

«E poiché mancava un'apprezzabile tradizione legislativa, tanto romanistica quanto statutaria, l'idea che *prima facie* doveva apparire giusta era che il diritto degli autori rientrasse nel c o n c e t t o d i p r o p r i e t à. Questi infatti potevano pubblicare o anche distruggere la propria opera, autorizzarne la riproduzione, ad esclusione di ogni altro, trasferire o cedere il loro diritto, insomma avevano le facoltà di godere e disporre della loro cosa, che costituiscono il contenuto della proprietà di tipo romano. È innegabile che la dottrina abbia seguito, anche in questa occasione, la tendenza di ricondurre ai vecchi tipi, i nuovi istituti, che pure non avevano alcun precedente nel diritto di Roma»[17].

Tale coazione alla metafora proprietaria, che costituisce quasi una condizione di esistenza dell'autore – a causa delle incertezze del diritto positivo e dell'assenza di ogni altra sua configurazione più persuasiva – dettava alla dottrina pagine non meno paradossali su altri aspetti del passato storico del paradigma, con una permanente oscillazione linguistica tra «privilegio» e «diritto», «concessione» e «garanzia». Le maggiori aporie riguardavano proprio la presunta discontinuità tra un'età e l'altra. In Francia, per esempio, nel 1777 gli importanti «arrêts» del Consiglio privato del re voluti da Luigi XVI, i quali riconoscevano privilegi perpetui agli autori e ai loro coeredi, «per una singolare deviazione dai principi» – che, osservava il giurista italiano, «non si sa come spiegare» – prevedevano poi che bastasse la cessione ad un libraio della proprietà letteraria perché lo stesso privilegio durasse quanto la vita dell'autore. Qualche tempo dopo,

[17] *Ibidem*, pp. 229-230. Lo spaziato è mio.

la Rivoluzione francese che aveva rivendicato numerosissimi diritti civili e politici, non seppe tuttavia – sempre secondo la perplessa descrizione di Stolfi – affermarli energicamente: «con l'intento di abolire t u t t i i privilegi» cancellava sorprendentemente anche quei pochi «diritti» che l'*ancien régime* aveva cominciato a riconoscere agli autori. Agli inizi infatti i soli autori di opere drammatiche, che avevano reclamato il loro «diritto» davanti all'assemblea costituente, si videro attribuito «un riconoscimento parziale» della proprietà letteraria. Come già aveva osservato Turchiarulo con parole diverse, «il diritto degli altri autori restava così senza protezione e sicurezza». Successivamente il Rapporto Lakanal, che precede quel decreto del 19-24 luglio 1793 destinato a rappresentare il «saldo tronco» della legislazione futura, da una parte enunciava che «de toutes les propriétés, la moins susceptible de contestation... c'est sans contredit celle des productions du gène», dall'altra parte accordava in modo deludente agli eredi e ai cessionari dell'autore s o l t a n t o dieci anni di tutela, dopo i quali l'opera «cadeva nel dominio pubblico», negando all'autore tutti quei diritti personali diversi dal diritto di pubblicazione, oltre che lo stesso diritto di traduzione[18].

Con uguale realismo lo sguardo retrospettivo del giurista si staccava dall'esperienza inglese per i risultati imperfetti raggiunti in tema d'autore. Anche l'Inghilterra, che pure fu «il primo Stato che riconobbe la proprietà letteraria» — siamo in questo modo a un nuovo luogo d'origine designato dai giuristi a favore del paradigma dell'autore – doveva riservare all'opera intellettuale un trattamento complessivamente «deludente». Lo sviluppo verso il diritto di proprietà letteraria dopo le prime affermazioni del *copyright* agli inizi del Settecento nello Statuto della Regina Anna, doveva lentamente arrestarsi. Tale diritto di *copyright* infatti riguardava soltanto gli autori di opere letterarie e non aboliva i privilegi librari. Inoltre – segnalava ancora il commento italiano – si

[18] *Ibidem*, p. 97. Sui Decreti del 1777 cfr. C. HESSE, *Enlightenment Epistemology*, cit., pp. 114 e 119 ss.

imponeva alla fine del secolo una giurisprudenza restrittiva che, distinguendo tra opere pubblicate e opere non pubblicate, riconosceva all'autore un diritto di proprietà esclusivamente sulle seconde, mentre sulle prime protette dallo Statuto gli spettava solo un privilegio accordato non tanto «in considerazione dell'autore» ma piuttosto per favorire l'industria. Oltre a poche altre leggi importanti – quelle per esempio del 1801 e del 1814 di Giorgio III – non si era più realizzato alcun progresso significativo e ciò paradossalmente proprio nel paese dell'individualismo e del liberalismo. Concludeva sconsolatamente Stolfi:

«Eppure si era nel periodo dell'individualismo (1825-1870) sul quale è nota l'influenza del Bentham (1748-1832). L'individualismo che si andava man mano affermando in ogni specie di proprietà stentò molto a penetrare in quella letteraria e artistica»[19].

3. *La metafora necessaria della proprietà*

Proprio in virtù di queste irrisolte aporie del racconto delle origini, che non restituisce sempre, come ci si attenderebbe, un percorso lineare e irresistibile verso il d i r i t t o, la riflessione teorica in un primo tempo si cimenta in una analogia forte e ripetuta con lo schema rassicurante dell'universale rapporto proprietario. L'esistenza storica paradossalmente incompiuta del n u o v o d i r i t t o – raffigurato ancora come 'scandalosamente' debitore dell'orizzonte dei privilegi – convince la dottrina a dislocarlo nel circolo virtuoso di una equivalenza perfetta con il p r i n c i p i o d i p r o p r i e t à. Più esattamente, secondo gli enunciati dei giuristi, il rapporto proprietario, in un gioco di reciproche conferme, proiettava nella proprietà dell'ingegno un'immagine di sé a l m a s s i m o g r a d o: «la proprietà letteraria – scrive per esempio Turchiarulo – presenta al maggior grado di forza e di nobiltà di cui sono capaci tutti gli elementi della proprietà comune»[20].

[19] N. STOLFI, *La proprietà intellettuale*, cit., pp. 78-79.

[20] A. TURCHIARULO, *La proprietà*, cit., p. 94.

La metafora della proprietà letteraria serviva dunque ad una seconda insospettata funzione: conferiva una sorta di plusvalore retorico allo stesso principio di proprietà, mostrando l'evidenza e la necessità di un diritto non controverso. Gli stessi tratti consueti dell'istituto comune – il soggetto, il bene e il «rapporto» di proprietà che si instaurava tra il primo e il secondo – si ripresentavano nella proprietà letteraria con altri nomi ma con identica forza costruttiva: il soggetto prendeva le sembianze della «creatura pensante e scientifica» dell'autore, l'oggetto consisteva in quel «mondo delle idee» al quale l'autore stesso, attraverso la sua «forza assimilatrice», conferiva una irriducibile forma individuale e la attribuiva definitivamente alla propria sfera personale:

«Il diritto dell'autore non ha per obietto l'idea astratta e generale, ma tale qual'egli l'ha concepita, l'ha determinata ed espressa, ossia l'idea generale sotto la forma specifica che essa prende ricevendo l'impronta della personalità scientifica e pensante dello scrittore»[21].

Nella proprietà letteraria il rapporto che si istituiva tra il soggetto e l'oggetto non restava accidentale ed esterno come poteva accadere nella proprietà materiale, dove «dura finché la legge o il possesso individuale lo lasciano durare». Tale rapporto si presentava come l'effetto della «forza immaginativa» dell'autore, della «volontà e della intelligenza, di una applicazione costante e protratta per molti anni, sebbene creato in uno dei momenti felici di queste nobili potenze»[22].

L'autore, con la sua «impronta personale», che attribuisce una forma individuale all'universo anonimo e immateriale dei pensieri, diviene così il vero punto d'onore della dottrina della proprietà letteraria. Tale persuasione percorre con forza anche la celebre Relazione al progetto di legge sulla proprietà letteraria ed artistica, redatta da Anto-

[21] *Ibidem*, p. 91.

[22] *Ibidem*, p. 94.

nio Scialoja. In essa non soltanto vengono contrastati i dubbi di chi ancora negava il diritto dell'autore, ma si fondava una vera e propria classificazione delle varie figure, lecite e non, dell'opera intellettuale. Scriveva Scialoja:

«Taluni negano che l'autore dopo averla pubblicata, possa ragionevolmente conservare il diritto esclusivo di riprodurne le copie. Essi dicono che il pensiero non deve né può essere materia di alcuna specie di diritto esclusivo... La proprietà letteraria agli occhi loro è un privilegio creato dalla legge senza alcun fondamento ragionevole. Altri più temperati obiettano che, qualunque sia il diritto che un autore possa avere sull'opera sua prima di averla pubblicata, non è possibile che egli possa al tempo stesso pubblicarla, cioè destinarla all'uso di tutti, e conservare su di essa alcun diritto esclusivo di riprodurla o di impedirne la riproduzione»[23].

A queste obiezioni Scialoja opponeva il dispositivo teorico, a suo giudizio risolutivo, della cosiddetta forma individuale:

«Se il pensiero non è appropriabile, non è per questo che non sia appropriabile la *forma* che costituisce l'opera... Colui che compone un'opera pensa e poi esterna il concetto della sua mente in una forma determinata che l'individua; e per contrario colui che medita sopra un'opera già composta da un altro, sviluppa il concetto dalla forma individuale in cui è involto, e fa che riacquisti nella mente sua l'essere primitivo, di puro pensiero, e diventi *materia propria*»[24].

Da tali premesse sulla appropriazione immateriale messa in atto dall'autore, Scialoja poteva dedurre il repertorio stringente delle definizioni di nuova opera, di plagio e di semplice copia dell'originale. Se da questo laboratorio intellettuale, il pensiero viene modificato nella sua parte essenziale «e quindi si investe in una forma nuova», diventa nuova opera; se rimane essenzialmente qual era, «ma ne esce soltanto rivestito di una forma esterna», appena «variata», diviene un plagio; se è «riprodotto tal quale, cioè colla medesima forma sua», consiste «né

[23] A. SCIALOJA, *Relazione*, cit., pp. 8-9.

[24] *Ibidem*.

più né meno» che in una semplice copia dell'opera primitiva[25].

Vietando la copia dunque si intendeva impedire esclusivamente che altri potesse riprodurre «senza alcun nuovo lavoro intellettuale e solo per servirsene come materia di industria» quella forma che costituiva l'opera. Tale forma – continuava Scialoja – restava «nella pubblica coscienza, cosa tutta dell'autore, anche quando il pensiero che vi è dentro involto, se ne sprigioni e passi inesauribilmente nell'intelletto delle generazioni» che si succedevano nella storia.

Sembra sciogliersi in questo modo l'aporia della mercurialità dell'opera intellettuale e per l'incerta navigazione dei diritti dell'autore si prepara un ricovero sicuro negli schemi del rapporto proprietario. La difficoltà di una analogia, intesa come necessaria ma sempre sospesa sulla soglia dell'irrappresentabilità, con la proprietà materiale del diritto romano e del codice civile, che è il tema fisso che arrovellava la dottrina nel suo racconto storico delle origini, sembrava per un momento acquietarsi nell'affermazione di una forma privata e permanente di possesso. Tale forma era l'espressione della creazione intellettuale del solo autore, e costituiva la premessa di un'equivalenza tra i diritti dell'autore e il rapporto proprietario.

Il riferimento al filosofo tedesco nel testo di Turchiarulo non appare casuale. I giuristi italiani senza eccezione attribuiranno a Fichte – piuttosto che a Kant – l'atto di fondazione di una nuova prospettiva in tema di proprietà intellettuale. Turchiarulo riportava l'esordio paradigmatico del Fichte:

«la difficoltà che si incontra per dimostrare una permanente proprietà dell'autore sul suo libro proviene da ciò che noi non abbiamo nulla di somigliante, e che anche quello che sembra essere in qualche modo simile, se ne differenzia moltissimo».

[25] *Ibidem*, pp. 10-11. Riprendendo il noto asse foucaultiano si può affermare che in questo modo l'autore da istanza fondamentale e creatrice si scopre principio di esclusione: cfr. M. FOUCAULT, *L'ordre du discours* (1970), trad. it., *L'ordine dei discorsi*, Torino 1972, pp. 22-29.

Nelle pagine seguenti trascriveva poi questo nuovo passaggio:

«Noi possiamo distinguere due cose in un libro, la sua parte corporale, la carta stampata, e la sua parte spirituale..., in questa pure è necessario distinguere due cose, la materia, il contenuto del libro, i pensieri che vi si espongono, e la forma di questi pensieri, la maniera, il legame, la locuzione e le parole con le quali sono esposti... Ciò di cui in modo assoluto nessuno può appropriarsi, perché rimane fisicamente impossibile, è la forma di questi pensieri, il nesso delle idee onde queste vengono rappresentate. Ciascuno ha un ordine proprio di idee, uno speciale modo di formare i concetti e di legarli l'un l'altro; il che viene presupposto da noi come universalmente riconosciuto»[26].

Non pochi enunciati della dottrina italiana ne traducevano quasi alla lettera il senso generale. Per fare un solo esempio, Francesco Pepere, nella sua *Enciclopedia e Metodologia del diritto*, giunta alla terza edizione napoletana del 1878, presenta con linguaggio non dissimile il cosiddetto diritto sul libro:

«La forma esterna in cui si incarna tale proprietà è il libro. Il quale deve discernersi appunto nella sua esteriorità e nell'interno suo contenuto. Tale esteriorità si ripone specificatamente nella forma esterna ed *apprensibile* del libro: ond'è che l'*apprensibilità* delle idee del libro constituisce il diritto dell'acquirente di esso»[27].

4. *Logiche di esclusione nella riflessione dei giuristi. La proprietà pubblica*

La legittimazione di una proprietà privata dell'opera di ingegno passa attraverso due scelte teoriche tra loro connesse:

[26] A. TURCHIARULO, *La proprietà letteraria*, cit., pp. 65-67. Il saggio di Fichte *Beweis der Unrechtmässigkeit des Büchernachdrucks*, pubblicato in «Berliner Monatsschrift», XXI, 1791, pp. 443-483, verrà riprodotto poi nei *Sämmtliche Werke*, Berlin 1845-1846, VIII, pp. 223 ss.

[27] F. PEPERE, *Enciclopedia e Metodologia del diritto*, Napoli 1863, 1878³, p. 170.

per un verso si enunciava una minuziosa retorica delle distinzioni «naturali» fra materia e spirito, contenuto e forma, – imponendo per così dire la percezione di una loro proporzione fissa all'interno dell'opera intellettuale e in ogni caso l'evidenza di una superiorità del profilo immateriale su quello «corporeo» – e si procedeva a classificazioni altrettanto rigide fra nuova opera, semplice copia, plagio; per un altro verso si imprimeva un crescente v a l o r e a g g i u n t o alla soggettività dell'autore a cui si chiedeva di assicurare, col primato della sua impronta personale, stabilità e permanenza al rapporto proprietario da lui stretto con l'opera nei confronti di tutti i terzi (l'editore-stampatore, il pubblico dei lettori, gli eventuali contraffattori). Questa stringente serie di enunciati, che la dottrina fissa a tappe successive dopo la metà del secolo, produce parallelamente anche una logica ferrea di esclusione. Si ripensano così alcune concezioni che riguardano il tema dell'autore, secondo i casi, o affievolendone o negandone i tratti che si ritengono contraddittori con la linearità e la coerenza appena conquistata del quadro proprietario. Il bersaglio diviene così in primo luogo la cultura francese della prima metà dell'Ottocento, oggetto di una critica esattamente simmetrica ai discorsi elogiativi che quella stessa dottrina italiana scrive nei confronti dei precoci fautori, francesi e d'*ancien régime*, della proprietà letteraria. Il giudizio è paradossale e anticipa, con altre parole, la perplessa descrizione di Stolfi del passaggio storico tra Sette e Ottocento:

«Noi possiamo dire che il pensiero in questa materia come in molte altre di diritto pubblico e politico non fece che retrogradare e materializzarsi in Francia nel periodo dal 1830 al 1848 da quello che era stato verso la fine del decimottavo secolo... Mentre nel decimottavo secolo Linguet e Voltaire riconoscevano alla proprietà letteraria tutti i caratteri giuridici della proprietà materiale, la trasmissibilità, la perpetuabilità e l'inviolabilità, mentre Mirabeau dopo di essi diceva all'assemblea nazionale che scoperte dell'industria e delle arti erano già una proprietà, prima che questa assemblea l'avesse dichiarato, e Le Chapelier nel suo Rapporto la caratterizzava come la più inviolabile, la più sacra, la più legittima, la più personale delle proprietà, gli autori francesi successivi ne hanno

sconosciuto il principio, o ammettendolo ne hanno negate le conseguenze»[28].

Turchiarulo contrastava frontalmente l'idea più temibile che aveva percorso la legislazione e la dottrina in Francia dalla Rivoluzione in poi: l'affermazione cioè del diritto dell'ingegno come p r o p r i e t à p u b b l i c a e, per questa via, il corollario obbligato della sua differenza irriducibile con la proprietà privata, territoriale, individuale, trasferibile, permanente della tradizione romanistica. Non a caso veniva ricordata la risposta, che sotto questo aspetto appare non poco ambigua, del presidente Mirabeau alla petizione presentata all'assemblea costituente da una delegazione di autori di opere liriche e drammatiche:

«Tutte le belle arti sono una proprietà pubblica. Tutte hanno rapporto con i costumi dei cittadini, con quella educazione generale, che cambia una moltitudine nel corpo di una nazione»[29].

La stessa legislazione che coi decreti del 1793 avrebbe esteso a «qualunque specie di autori» il diritto di proprietà letteriaria, coniava l'espressione significativa di un «dominio pubblico» nel quale l'opera «cadeva», trascorsi dieci anni di protezione per l'autore e i suoi eredi (artt. 2 e 7)[30].

[28] A. TURCHIARULO, *La proprietà letteraria*, cit., pp. 80-81. Di S.-N.-H. LINGUET (1736-1794), cfr. il saggio *Sur les propriétés et privilèges exclusifs de la librairie*, s. l. 1774, e gli interventi dedicati al tema dall'autore nelle sue «Annales politiques, civiles et littéraires», pubblicate dal 1777 al 1792 in 19 voll.

[29] A. TURCHIARULO, *ibidem*, p. 43.

[30] Nel suo saggio Carla Hesse ha descritto con molta efficacia il paradossale rovesciamento operato dalla legislazione rivoluzionaria rispetto ai decreti del 1777 d'*ancien régime*: il passaggio d a l sistema dei privilegi a l l a categoria di proprietà pubblica, piuttosto che al diritto privato e assoluto dell'autore. Come scrive Carla Hesse: «The author as a legal instrument for the regulation of knowledge was created by the absolutist monarchy in 1777, not by the liberal bourgeois democracy inaugurated in 1789. The author was created by a royal regime that exercised power through privilege rather than by a constitutional regime committed to ensuring the protection of the individual as a private property owner. The revolutionary legislation did redefine the author's 'privilege' as pro-

Charles Renouard, Charles Comte, Victor Cousin, Eduard Calmels[31] si erano macchiati della grave colpa di non saper risolvere le aporie del passaggio sette-ottocentesco: o incorrevano nell'errore di negare prima «qualunque assimilazione» tra proprietà materiale e letteraria, e di rappresentare poi quest'ultima come una proprietà non assoluta ma limitata dal diritto preesistente della società – le opere dell'autore dopo di lui «cadono nel dominio pubblico giacché per loro natura esse sono destinate all'utilità pubblica» – oppure duplicavano le prerogative dell'autore in un diritto a un tempo reale e personale sulla propria opera. Per questi motivi il giurista italiano riservava il commento più aspro al pensiero a suo giudizio contradditorio del Calmels, che nel 1856 aveva pubblicato a Parigi l'ultimo studio in ordine di tempo sulla proprietà e la contraffazione delle «opere di intelligenza». Turchiarulo presentava l'opinione dello studioso francese nel modo seguente:

> «L'autore ha un diritto sulla sua opera, e questo diritto è nella sua essenza un diritto reale, un diritto di proprietà. Ma quali garanzie darà la legge all'autore per l'esercizio del suo diritto? Gli costituirà essa un vero diritto di proprietà con tutte le sue conseguenze, con i suoi effetti di godimento esclusivo, perpetuo, e trasmissibile all'infinito? No, ciò non è nel potere del legislatore. Gli resterà il diritto di riprodurre e fare riprodurre la sua opera... Questo diritto non può essere che un diritto di credito, un diritto personale, nascente da un'obbligazione»[32].

In definitiva se la proprietà dei suoi pensieri – aggiungeva con qualche ironia il giurista italiano – era la più personale,

perty, but not as an absolute right... the revolutionaries explicitly intended to dethrone the absolute author, a creature of privilege, and recast him, not as a *private* individual (the absolute bourgeois), but rather as a *public* servant, as the model citizen». Cfr. C. HESSE, *Enlightenment Epistemology*, cit., p. 130.

[31] Cenni a questi autori in M. AMAR, *Dei diritti degli autori*, cit., pp. 4 e 8.

[32] A. TURCHIARULO, *La proprietà letteraria*, cit., p. 85. Di E. CALMELS cfr. *De la propriété des oeuvres de l'esprit et des dangers qu'elle recèle*, in «Revue contemporaine», II serie, XI, 1856, pp. 127-152.

sacra e inviolabile, questa nuova proprietà, «interna» secondo Calmels, non conferiva all'autore che il godimento di un bisogno della persona senza alcun profitto: «È il *dominium* romano *sine re*, senza effetto». L'autore ne godeva «come l'avaro del suo tesoro, saziandone lo sguardo e il pensiero nella solitudine». In uno scenario che dettava all'autore privato rigide condizioni di esistenza, il primato non poteva che spettare al diritto della società, legittimo c o a u t o r e dell'opera di ingegno:

«L'autore non può egli solo ed abbandonato a se stesso trarre profitto dall'opera sua; egli è obbligato volgersi al pubblico, alla società e si è col loro concorso, che arriverà al risultato cui tende. L'autore non è il solo proprietario dell'opera pubblica»[33].

Su tali premesse appare chiaro quale fosse il vero profilo dell'autore secondo la dottrina italiana intorno alla metà del secolo: essa lo identificava senza esitare nella figura del letterato cui riconosceva la «solitudine gloriosa» e produttiva della sua fatica intellettuale. L'ipostatizzazione dell'autore proprietario – signore assoluto dell'opera che prima della pubblicazione disponeva del diritto di «tenerla segreta e di distruggerla» – raggiungeva in questo modo la sua massima espressione possibile. Non per caso fra le applicazioni positive del principio di proprietà dell'ingegno, Turchiarulo riservava uno spazio paradigmatico all'esercizio della p r o p r i e t à   e p i s t o l a r e: «Parliamo delle vere lettere, di quelle che scritte per uno scopo familiare, d'interesse o di amicizia» – scriveva il giurista – rimanevano nella sfera materiale di colui a cui erano dirette ma non nella sua p r o p r i e t à, «giacché le lettere come qualunque altro lavoro letterario o scientifico, essendo l'espressione dei sentimenti e delle opinioni, il prodotto della personalità creativa di colui che le scrive sono la proprietà di questo». Non potevano pertanto essere pubblicate senza il suo consenso[34].

Al contrario riusciva «più difficile» determinare i confini

[33] A. TURCHIARULO, *ibidem*, pp. 86-87.

[34] *Ibidem*, pp. 118-119.

del diritto di proprietà letteraria per i discorsi dei corpi politici e delle professioni pubbliche dei funzionari, degli avvocati, dei professori universitari e perfino dei predicatori. Questi casi erano indicati come un eccezione vistosa alla regola della proprietà privata dell'ingegno: non per caso le limitazioni che soffriva il principio di proprietà cessavano col venir meno della qualità pubblica dei discorsi. Scriveva il giurista napoletano che il loro autore non si sarebbe potuto opporre alla loro pubblicazione «giacché la pubblicità è nella natura stessa di queste produzioni». Tali discorsi – sosteneva – «sono essenzialmente destinati per il pubblico: ed il diritto del loro autore deve cedere di fronte a questa necessità, mancando quasi uno dei requisiti indispensabili per la proprietà letteraria, ossia la personalità individuale dell'autore». Infatti

> «pronunziando simili discorsi o rapporti l'autore non parla come individuo ma come rappresentante del pubblico. Non ubbidisce ad un movimento spontaneo della sua volontà ma adempie ad un dovere; e perciò è stato sempre permesso a tutti gli organi della pubblicità di riprodurli ma questa limitazione al diritto di proprietà letteraria proveniente dalla qualità officiale cessa, dove cessa una tale qualità»[35].

4.1. *Il lavoro irrappresentabile. L'economia politica contro l'«assurda proprietà» dell'ingegno*

Il richiamo al manoscritto inteso come il «frutto del lavoro personale» dell'autore resta fra i suggestivi passaggi del testo settecentesco di d'Hericourt, per altri versi oggetto di ripetute frequentazioni da parte dei giuristi dell'Ottocento, quello su cui torna con meno attenzione l'immaginazione giuridica italiana, impegnata a costruire il nuovo genere del diritto dell'autore. Anche quando la fortunata metafora proprietaria perderà progressivamente nella seconda metà dell'Ottocento la sua capacità di rappresenta-

[35] *Ibidem*, p. 111. Lo spaziato è mio.

zione, il lavoro intellettuale resta interdetto ad una definizione teorica autonoma: o viene raffigurato chiamando in causa l'istituto romanistico della specificazione e includendolo nell'opera dell'autore, letterato o artista, in cui era impressa a fuoco l'irriproducibile volontà individuale della sua capacità creativa[36]; oppure viene neutralizzato come figura autonoma e adespota di lavoro immateriale, per essere ricondotto di nuovo alla paternità e al nome dell'autore individuale. Con la pubblicazione – scriverà più tardi Stolfi – l'autore «non si spoglia del legame che avvince la sua creazione al suo nome». Mentre restava indifferente la quantità di fatica investita nell'opera – «nulla importa che l'opera sia costata più o meno lavoro» – si allontanava dunque il referente disciplinare dell'economia politica dove la nozione di prodotto immateriale era stata per prima introdotta. Il titolo giustificativo della tutela legale resta – per riprendere ancora una espressione di Stolfi – «l'efflatum vivificatore della morta materia, la forza creatrice dello spirito» della soggettività dell'autore.

Su questo scenario – schematicamente riproposto nelle sue generali linee di tendenza – può essere utile ricordare il punto di vista diverso dell'economista Francesco Ferrara dopo la metà del secolo. Lo studioso – nelle importanti introduzioni premesse rispettivamente all'opera di Storch e di Dunoyer e pubblicate nel 1853 e nel 1859 nei volumi della *Biblioteca dell'Economista* di cui era l'infaticabile curatore – si muoveva su due piani paralleli: da una parte rifondava la categoria di produzione immateriale introducendola negli studi economici italiani, in verità senza troppo successo, e rilegittimandola in primo luogo come espressione linguistica propria e non allusiva all'interno del vocabolario scientifico della disciplina; dall'altra parte attaccava frontal-

[36] Con l'ardua prosa del giurista Francesco Pepere, l'autore proprietario «occupa» con la propria azione trasformatrice il pensiero: lo «trae dallo stato informe di natura e potenziale a quello di una specie produttiva (*speciem facit*); la qual forma, di cui riveste col suo lavoro il naturale elemento, impronta su di questo il carattere di individualità, per il che la rende propria a lui» (cfr. F. PEPERE, *Enciclopedia*, cit., p. 187).

mente l'illusione giuridica della proprietà letteraria.

Non è un caso che nelle rassegne di opinioni pro o contro l'equivalenza tra opera dell'ingegno e rapporto proprietario, compilate dai giuristi nel corso del secolo, l'appartenenza disciplinare di Ferrara venga per così dire occultata, o per lo meno affievolita, presentandolo soltanto come uno degli estremi avversari della proprietà letteraria, confuso nella schiera dei filosofi, dei letterati e dei giuristi che a vario titolo intervengono nel dibattito. Soprattutto restava assente la prospettiva generale da cui nasceva la critica serrata dell'economista italiano contro una «assurda proprietà del pensiero».

Scontando dunque in Italia una duplice solitudine intellettuale, prima rispetto agli economisti – nel suo *Trattato* Gerolamo Boccardo manteneva un sorprendente silenzio nei confronti delle tesi di Ferrara mentre Marco Minghetti nell'*Economia pubblica* gli dedicava una sola seppur rispettosa annotazione[37] – poi nei confronti degli stessi giuristi, lo sguardo di Ferrara si volgeva altrove, soprattutto alla letteratura d'oltralpe. Oltre alle celebri pagine di Smith e Say – sul lavoro intellettuale definito ora come «improduttivo» ora come «immateriale» – l'attenzione dello studioso italiano veniva attratta infatti dal dibattito accesosi in Francia con Dunoyer, Garnier, Cousin e altri nelle accademie scientifiche e sulle colonne del «Journal des Débats» (1838) e del «Journal des Économistes» (1858)[38].

In particolare, nel presentare l'opera di Charles Dunoyer – polemista, consigliere di Stato, studioso dell'accentramento amministrativo nonché economista – Ferrara applicava lo stesso singolare gioco di sottrazione di identità, che verrà esercitato più tardi nei suoi confronti, segnalando fra i con-

[37] Su questo punto cfr. F. FERRARA, Introduzione al volume VII, serie II, Torino 1859 della *Biblioteca dell'Economista*, pp. LIII-LIV.

[38] Cfr. i cenni biografici dedicati da Ferrara, *ibidem*, pp. XXXV-XXXIX, e più in generale i resoconti delle sedute di luglio-ottobre e novembre 1858 della Società d'Economia Politica in Francia, riferite dal «Journal des Économistes», serie II, 19 e 20.

tributi teorici di Dunoyer, ora la riflessione economica sulle produzioni immateriali, ora quella giuridica sulla proprietà letteraria. In questo modo l'autore italiano entrava suo malgrado nella disputa in corso all'interno della scienza giuridica.

Il punto di partenza da cui muovono le argomentazioni critiche di Ferrara è in primo luogo il proposito del Dunoyer di «riabilitare» le produzioni immateriali, privilegiando non tanto l'opera del letterato – il paradigma dello scrittore e dell'artista, familiare alla dottrina giuridica – quanto l'insieme delle professioni intellettuali. Si trattava in particolare di quelle produzioni – non dissimili dal lavoro musicale, dalla danza e dai servizi del domestico – dove il p r o d o t t o si confondeva in modo costitutivo con l'a t t o d e l p r o d u r r e, e che consistevano all'apparenza in fatiche e opere che «non lasciavano tracce durevoli della loro esistenza». A queste figure si aggiungevano così i profili, differentissimi ma accomunati dalla stessa cifra enigmatica dell'immaterialità, del consiglio del medico, della difesa dell'avvocato, della lezione del professore, della sentenza del magistrato e dei discorsi del predicatore. Questi prodotti – segnalava Ferrara riprendendo Dunoyer – costituivano «vere ricchezze», che davano u t i l i t à simili a quelle più note delle merci comuni e tangibili, che avevano finora rappresentato la classica trama dell'economia politica.

Intervenendo autorevolmente dalla sponda italiana nella controversia sui l i m i t i dell'economia, Ferrara respingeva l'accusa di «lesa enciclopedia» delle scienze e sosteneva senza esitare la legittimità delle produzioni intellettuali come oggetto di studio dell'economia politica. La sua intendeva tuttavia proporsi come una teoria r a g i o n e v o l e dell'immaterialità, distribuendo per ciascun prodotto – senza nessuna pregiudiziale fissità ma in una proporzione mutevole – un elemento «intellettuale-spirituale» e un elemento «corporale-materiale». La differenza del lavoro immateriale rispetto ai lavori cosiddetti produttivi non consisteva né nel vecchio peccato di una incontrastabile vocazione all'improduttività, iscritta nel codice genetico del lavoro intellettuale,

né in una «essenza» spirituale, in una diseguaglianza naturale, propria alle sole professioni immateriali, ma in una misura, volta a volta diversa, degli ingredienti dell'intelligenza e della materia, e costitutiva sia dei prodotti intellettuali sia dell'orizzonte più consueto delle merci comuni. Citando il Say, che aveva affermato per esempio che il medico vendesse l'utilità della sua arte senza averla incorporata in alcuna materia, Ferrara osservava al contrario come le varie figurazioni delle professioni intellettuali – l'insegnamento, le arti, la commedia, il sermone, la difesa dell'avvocato, la cura del medico, la giustizia del magistrato, il pensiero del filosofo – «al momento che prendano la qualità del prodotto e divengano godevoli utilità», dovessero «inevitabilmente» pagare il loro tributo alla materia:

«e scuole, scene, pulpiti, panche, strumenti, sale, prigioni, carta e inchiostro, torchi, voce, aria, gesto, luce, colori... tutto ciò indispensabile condizione senza cui la *cosa* prodotta non esisterà; ma tutto ciò che cos'è? Nient'altro che materia»[39].

In un'altra pagina, Ferrara trascriveva il seguente passaggio di un economista in un testo del 1855. L'autore aveva sottolineato l'intreccio in uno stesso prodotto, seppur in proporzioni diverse, di «materialità» e «immaterialità»:

«Nei lavori ai quali si danno gli uomini per produrre cose di loro uso talvolta è il corpo, talvolta è lo spirito che predomina; ma è raro (*io direi è impossibile*) che nel travaglio corporale sia assoluta mancanza dell'azione dello spirito, o viceversa. Così il lavoro dell'artigiano, dell'operaio è principalmente corporale, ma l'impiego delle facoltà mentali vi è nondimeno necessario... secondo che adoperano più o meno zelo, intelligenza, moralità, nell'adempiere al proprio ufficio. All'incontro, il lavoro del magistrato, dell'istitutore, del prete, dello scrittore, del sapiente, dell'artista, di quelli insomma che esercitano professioni liberali è soprattutto immateriale; ma ciò non implica mancanza assoluta dell'azione del corpo»[40].

[39] F. FERRARA, Introduzione, cit., p. LXI.

[40] *Ibidem*, p. LXVII. Il passaggio citato da Ferrara si legge in R. ARRIVABENE, *Analyse du phénomène de la production*, in «Journal des Économistes», giugno 1855, p. 375.

Ancora, la strategia del disincanto, suggerita da Ferrara nei confronti della «questione dell'immaterialità» col proposito di togliere l'aura di diseguaglianza per natura che avvolgeva le professioni intellettuali, sortiva l'effetto di rendere maggiormente visibile, contro ogni evidenza di inafferrabilità e di fugacità del prodotto intellettuale, l'accumulabilità e la persistenza delle loro utilità. I prodotti immateriali, secondo l'autore, si presentavano anch'essi come accumulabili: i consigli del medico, la giustizia del magistrato, le opere dell'artista, le lezioni del professore si sedimentavano «sotto forma di salute, morale, gusto, istruzione, prodotti che restano, che sono capaci di conservarsi, di accrescersi, giacché noi possiamo acquistare una somma maggiore o minore di talenti, di virtù e di cognizioni»[41].

Tali considerazioni, che divengono un contesto soltanto secondario per i giuristi italiani – i quali tenderanno ad includere semplicemente l'opinione dello studioso fra gli «avversari» della proprietà letteraria – rappresentano invece la premessa necessaria delle «audaci» riflessioni del divulgatore di Dunoyer contro l'illusione proprietaria dei giuristi. Alle riflessioni lucide e irriverenti di Ferrara, in un primo tempo la dottrina giuridica oppone obiezioni allarmate. Ferrara non fa che applicare alla proprietà letteraria lo stesso registro critico col quale aveva già investito in precedenza lo statuto di sacralità e di eccezione attribuito dall'opinione comune alle produzioni immateriali. Questa volta il bersaglio ravvicinato è la stessa teoria di Dunoyer a favore della proprietà letteraria, intimamente contraddittoria – a giudizio di Ferrara – con le idee espresse poco prima dallo stesso economista francese sulle produzioni immateriali.

Nel 1838 Dunoyer aveva sostenuto che il privilegio degli autori dovesse divenire perpetuo ed ereditario, allo stesso modo della proprietà «di qualunque bene materiale». Dopo la legislazione del 1793 la Francia estenderà progressivamente la tutela legale degli autori, passando dalla durata

[41] F. FERRARA, Introduzione, cit., p. XC.

variabile – più o meno lunga secondo le figure dei vari eredi dell'autore a cui si applicava[42] – sancita dal decreto del 1810 alla disciplina prevista dalla legge del luglio 1866, che unificava la durata della protezione giuridica e portava il diritto degli eredi a cinquant'anni dopo la morte dell'autore. Su questo sfondo – un movimento legislativo che sembra dunque fornire prove crescenti alla 'consistenza' del diritto di proprietà letteraria – si collocava la proposta di Dunoyer a favore della perpetuità di tale diritto, con un'idea che alla metà del secolo contagiava in modo non dissimile numerosi giuristi italiani.

Ferrara si sforzava di porre la questione su un terreno diverso, come lui stesso affermava, «da quello in cui l'hanno presentata». Puntava l'indice contro quella che a suo giudizio costituiva l'ambiguità fondamentale del lemma di proprietà del pensiero, quale circolava nel dibattito contemporaneo:

«Tutta la discussione sulla proprietà letteraria riposa sopra una doppia maniera di considerare i prodotti immateriali. Un momento, essi sarebbero l'idea incarnata nella materia, un momento appresso divengono la pura idea indipendentemente dal corpo. Allorché si parla della proprietà del libro, si allude a quel diritto innegabile che ad ogni produttore compete sulla cosa prodotta, sull'utilità materialmente messa in luce: è questa la proprietà dell'autore al primo istante in cui appaia il suo libro. Se più tardi un uomo si presenta, recando in mano la medesima utilità riprodotta sotto una forma consimile, gli si contrasta il diritto di riprodurla, e si domanda la proprietà del libro ma in un senso affatto diverso: non è più l'oggetto corporeo, la carta e l'inchiostro che si reclama, ma la parte puramente immateriale, il pensiero. Tutto il segreto della questione, adunque, consiste nel far giocare alternativamente i due sensi in cui le parole proprietà del pensiero si possono prendere: quando si tratta di farla nascere, si accetta in un senso tutto materiale; quando si tratta di reclamarne l'esercizio esclusivo si prende nel senso immateriale»[43].

[42] Su questo aspetto cfr. N. STOLFI, *La proprietà intellettuale*, cit., pp. 99-100.

[43] F. FERRARA, Introduzione, cit., pp. CXI-CXV.

Ma era soprattutto l'evidenza in apparenza irriducibile di linearità del rapporto proprietario tra l'autore e il suo libro – punto d'onore della teoria giuridica sulla proprietà letteraria – che restava inesorabilmente colpita dalle obiezioni acuminate dell'economista. Ferrara non soltanto sollevava ironicamente un dubbio sull'azionabilità reale di un diritto di proprietà di puro pensiero – «esso forma una prerogativa molto pericolosa poiché colui che rivendica la proprietà delle idee contenute in qualche suo libro, è tenuto a rendere conto egli stesso di quelle che, prima che fossero da lui annunciate, appartennero ad altri» – ma soprattutto negava la configurabilità di una occupazione esclusiva di ciò che era «puramente immateriale»[44].

Il bersaglio acquistava in questo modo contorni più netti: l'economista prendeva di mira l'eccesso di zelo da parte dei giuristi nell'affermare l'equivalenza necessaria tra proprietà letteraria e proprietà della tradizione romanistica. Ferrara, sempre sul filo di una acuta esegesi linguistica degli enunciati a favore della proprietà letteraria, li spingeva alle estreme conseguenze:

«Si affetta sempre di dire che domandando la proprietà letteraria, nulla si chiede fuorché la pura e semplice applicazione del diritto di proprietà. Ciò non è vero. Se non si volesse che ciò, la proprietà letteraria non sarebbe che quella del libro prodotto e delle copie tiratene per proprio conto, evidentemente si vuole qualcosa di più, un regime eccezionale che per tutte le altre produzioni non si ama di ammettere. Ed ecco in che termini. Il pensiero materializzato sul libro... si muta in merce, precisamente come le cognizioni agricole quando si sono già incorporate nel grano raccoltosi. Il compratore del libro riflette che questa merce, utile e desiderata da tanti altri si potrebbe riprodurre come si fa del grano; ma mentre nessuno contrasta che sia lecito riseminare il grano legittimamente acquistato, ogni ulteriore edizione del libro si domanda che sia vietata a tutti fuorché all'autore e ai suoi aventi causa... Si vuole un sistema nel quale cioè si neghi ai nostri simili il diritto di lavorare sopra elementi che loro legittimamente appartengono. Credo non aver torto a chiamarlo regime eccezionale... Abbiamo noi un moti-

[44] *Ibidem*, p. CII.

vo sufficiente per invocare una così importante deviazione dal diritto comune?»[45].

Lo stile antiretorico e disincantato tornava a investire lo statuto di eccezione attribuito alle produzioni «immateriali» dal comune pregiudizio dei giuristi e degli economisti. L'autore – secondo Ferrara – utilizzava per così dire insensibilmente il fondo pubblico del pensiero, l'immenso patrimonio intellettuale depositato dalla civiltà nel corso dei secoli:

«non teniamo alcun conto di tutta la parte che l'elemento materiale offre gratuitamente al produttore dell'elemento incorporeo; e all'inverso, accordiamo a quest'ultimo il merito di tutto ciò che la società gli ha *gratuitamente* apprestato per rendergli possibile la produzione in cui sta la sua gloria... dal lato dell'elemento spirituale noi falsiamo ancora il calcolo, aumentandolo appunto di tutto ciò che nell'elemento materiale amiamo trascurare... ogni scrittore usa liberamente di un immenso patrimonio di cognizioni per le quali nessuno gli domanda il minimo prezzo e che pure formano il gran fondo di ciò che egli pensa o scrive»[46].

Su queste premesse il «rapporto proprietario» consisteva in un monopolio artificiale e anacronistico a favore dell'autore. Come tutti i monopoli esso avrebbe avvilito la libertà economica: «È lo scoglio a cui ruppero le antiche caste e le moderne corporazioni. Le arti intristirono quanto più si volle conservarle sotto la stufa delle corporazioni». Inoltre lo stesso «squilibrio» tra la sfera materiale e intellettuale si rivelava soltanto illusorio, mentre la presunta dominanza dell'elemento immateriale nell'opera di ingegno, quand'anche vi fosse stata «per un solo momento», era destinata nei fatti a scomparire nel corso delle sue successive riproduzioni:

«non solamente la presunta preponderanza dell'elemento immateriale non v'è; ma se si potesse per un momento accordare che esista essa non sarebbe che troppo effimera per fondarvi un titolo di monopolio. I due elementi del prodotto sono di loro natura costi-

[45] *Ibidem*, p. CIII.

[46] *Ibidem*, pp. CVI-CVII.

tuiti in condizioni affatto diverse... se anche al primo apparire del prodotto immateriale esistesse la preponderanza suddetta, essa non potrebbe rimanere costante in eterno, ma si verrà eliminando a misura che lo spaccio dell'opera procuri un profitto all'autore»[47].

In questa prospettiva il libro non era più quell'unità autoreferenziale e virtuosa di forma e contenuto, frutto della capacità creativa e della personalità individuale dell'autore – signore assoluto dell'opera – che la dottrina giuridica aveva delineato. Diveniva un «prodotto misto», intreccio di materiale e intellettuale, nel quale la misura dei rispettivi elementi e il primato tendenziale dell'immaterialità erano l'oggetto di un giudizio esclusivo di «calcolabilità nel senso economico» e non la proiezione di qualità naturali fissate a priori. Dentro l'involucro del libro e intorno ad esso ricompariva un intero orizzonte di competenze e figure del lavoro, e una trama tenace di condizioni, tradizioni ed oggetti.

In questo modo Ferrara riproponeva inconsapevolmente intuizioni e interrogativi circolati alle origini della fondazione moderna del diritto dell'autore, nello stesso tempo cioè in cui era emerso lo schema del «rapporto proprietario» elaborato da Fichte, destinato poi a incontrare larga fortuna nei giuristi italiani. Pensiamo in particolare alla perplessa classificazione kantiana del diritto dell'autore. In un testo – che a differenza dell'opera di Fichte sarà dalla cultura giuridica italiana o scarsamente frequentato, oppure aspramente combattuto per i suoi sillogismi[48] – Kant aveva disegnato un profilo problematico del concetto del libro, inteso come un'opera a più voci, e il mezzo per eccellenza della circolazione del pensiero, come il danaro lo era per il rapporto con le cose:

«Che cos'è un libro? Un libro è uno scritto (se manoscritto o stampato, di poche o molte pagine non fa qui differenza), il quale rappresenta un discorso che qualcuno tiene al pubblico per mezzo

[47] *Ibidem*, pp. CX-CXI.

[48] Cfr. al riguardo le osservazioni esemplari di A. TURCHIARULO, *La proprietà letteraria*, cit., pp. 62-66, e di N. STOLFI, *La proprietà intellettuale*, cit., pp. 223-245.

di segni linguistici visibili. Colui che in suo proprio nome parla al pubblico si chiama scrittore (*auctor*); colui che per mezzo di uno scritto parla al pubblico in nome di un altro è l'editore. Se questi pubblica il libro con il permesso dell'autore è editore legale, se lo fa senza permesso è un editore illegale cioè uno stampatore furtivo»[49].

L'oggetto era fissato principalmente dal punto di vista della ristampa illegale e del delitto consumato dallo stampatore «furtivo» in primo luogo nei confronti dell'editore:

«il ristampatore furtivo nella sua propria edizione arbitraria parla sì anch'egli in nome dello scrittore ma senza averne ricevuto nessun mandato; in conseguenza commette verso l'editore autorizzato dall'autore un delitto, privandolo dei vantaggi che questi dall'uso di un suo diritto poteva o voleva tirare»[50].

Con lo sguardo rivolto contro l'empiria di definizioni puramente nominali del libro, il filosofo tedesco si era posto interrogativi altrettanto estremi sul mancato rigore delle classificazioni dei diritti, che riguardavano l'oggetto asimmetrico del libro:

«la ragione dell'apparente legittimità della ristampa furtiva consiste in ciò, che il libro è da un lato un prodotto tecnico-materiale (*opus mechanicum*) che può essere imitato, onde vi è in questo caso un diritto reale; ma dall'altra parte il libro è anche un semplice discorso dell'editore al pubblico, che l'editore, senza averne il mandato dall'autore non può ripetere pubblicamente. Onde vi è qui un diritto personale e l'errore sta precisamente in ciò, che i due diritti sono confusi insieme»[51].

Come si vedrà il tema di questa ambigua duplicazione di diritti all'interno dello stesso oggetto dell'opera di inge-

[49] I. KANT, *La metafisica dei costumi*, parte I, cap. III, a cura di N. MERKER, Bari 1973, p. 110. A questo stesso tema Kant aveva già dedicato nel 1785 il saggio *Von der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks*, in *Kant's Werke*, VIII, Berlin 1923, pp. 77-88.

[50] *Ibidem*, p. 111.

[51] *Ibidem*, pp. 111-112.

gno si ripresenterà sotto altri termini e senza una memoria diretta della fonte kantiana nella dottrina postunitaria, in corrispondenza dell'indebolirsi della metafora proprietaria.

Più tardi i giuristi difenderanno per vie molteplici la p r o p r i e t à d e i d i s c o r s i dagli attacchi dell'economista[52]. Di lì a poco per esempio Francesco Pepere non concederà alcuna ragione alle obiezioni del Ferrara, riproponendo con forza l'opposta tesi del primato incondizionato dell'ingegno e l'idea di un «disquilibrio» naturale tra il lavoro intellettuale e l'arte tipografica. Ancora, contro Ferrara – che riteneva inverosimile la rappresentazione dell'opera intellettuale quale solitaria creazione dal nulla, mentre essa era piuttosto il frutto di un libero uso da parte dello scrittore dell'«immenso patrimonio» delle tradizioni divenute proprietà comune – il giurista napoletano ridisegnava con ostinazione il circuito virtuoso dell'a p p a r t e n e n z a tra autore ed opera, sciogliendo il prodotto dell'ingegno da ogni possibile condizionalità ambientale. Scriveva Pepere:

«la tradizione, rispondiamo noi, è vero che sia l'ambiente dello spirito intellettivo dei popoli, ma questo lavora ad *edurre* dall'idea infinita nuovi elementi non esplicati dalla sapienza dei secoli precedenti che in essa genera i principi del progressivo sapere i quali non sono dati dalla tradizione, ma dallo studio individuale»[53].

Da questo punto di vista si può considerare che nel 1859 Ferrara era stato buon profeta dei successivi percorsi della singolare parabola della dottrina giuridica sulla proprietà letteraria. Proprio la logica non criticata, l'evidenza di un rapporto di equivalenza tra la proprietà letteraria e quella della tradizione romanistica – l'opera, scriveva Pepere, «appartiene all'autore, è sua proprietà» – sollecita la cultura giuridica ed economica a chiedere in punto di teoria a questo nuovo principio il corollario ancora mancante della

[52] Amar ricordava per esempio la «diligente confutazione» delle tesi di Ferrara da parte dell'avvocato C. LOSANA, *Del diritto d'autore*, Torino 1872.

[53] F. PEPERE, *Enciclopedia*, cit., p. 173.

p e r p e t u i t à, riconoscendo nella proprietà del pensiero «tutti gli attributi del diritto di proprietà in genere»[54].

Questi enunciati ricevevano del resto conferme pratiche crescenti, corroborati in primo luogo dal progresso delle legislazioni, che, per loro conto e pur fra le numerose incertezze linguistiche già segnalate, sembravano riconoscere a favore dei diritti degli autori – tanto nelle norme statuali quanto nelle convenzioni internazionali – una sempre maggiore estensione temporale della tutela[55].

La misura della distanza di prospettiva teorica linguistica dell'economista italiano dalle persuasioni dei contemporanei, può essere data da una considerazione aggiuntiva: le differenti interpretazioni della letteratura di riferimento – comune a Ferrara come a Turchiarulo – costituita dagli studi francesi della prima metà dell'Ottocento. Propongo un solo esempio. Se Turchiarulo rivendicava l'i n a l t e r a b i l i t à della proprietà letteraria contro le oscillazioni di Charles Comte, l'obiettivo polemico di Ferrara è nuovamente lo statuto di i n c o m m e n s u r a b i l i t à attribuito ai prodotti dell'ingegno. Questa persuasione percorreva, a suo dire, l'opera di Comte, conducendola ad affermazioni contraddittorie. Poneva – scrive irriverente Ferrara – i suoi capitoli sul primato della proprietà letteraria contro quelli sui brevetti di invenzione:

[54] Ma sulla insufficiente concettualizzazione dell'elemento della *perpetuità* nella dottrina della proprietà cfr. P. GROSSI, *Tradizioni e modelli nella sistemazione postunitaria della proprietà*, in *Il dominio e le cose*, cit. p. 501.

[55] Sono sintomatiche le «prove» legislative addotte dal Pepere: l'art. 9 della legge italiana sui diritti spettanti agli autori delle opere di ingegno del 25 giugno 1865 («l'esercizio del diritto di riproduzione e spaccio è esclusivo per l'autore durante la sua vita. Se l'autore cessa di vivere prima che dalla pubblicazione dell'opera stessa siano decorsi quarant'anni, lo stesso diritto esclusivo continua nei suoi eredi o aventi causa sino a compimento di tale termine. Scorso questo primo periodo nell'uno o nell'altro dei modi innanzi indicati, ne comincia un secondo di quarant'anni durante il quale l'opera può essere riprodotta e spacciata senza speciale consentimento di cui al quale il diritto di autore appartiene, sotto la condizione di pagargli il premio») e le convenzioni internazionali del 1862 tra l'Italia e la Francia e del 1869 tra l'Italia e la Prussia.

«se l'idea trasfusa nel libro appartiene all'autore, come mai il pensiero trasfuso nella macchina non apparterrà al suo inventore? Io comprendo coloro che vogliano non solo i brevetti d'invenzione, ma la perpetuità dei brevetti, e poi la perpetuità delle opere di arte o scienza; ma negare per la prima il principio che si deve far prevalere per l'altra ecco il sistema di logica che mi riesce inesplicabile»[56].

5. *L'autore imperfetto. L'ingegno tra diritto personale e diritto patrimoniale*

L'osservazione dell'economista colpiva un nervo scoperto delle costruzioni giuridiche della proprietà letteraria: il piano storico del racconto delle origini – il cammino controverso ma progressivo dall'età dei privilegi e dei brevetti all'età dei diritti proprietari – non coincideva più con il campo della rappresentazione teorica. Infatti se ai privilegi librari, concessi per la «nuova industria» dei tipografi-editori, la dottrina riconosceva inequivocabilmente all'atto del loro sorgere una natura comune a quella dei brevetti di invenzione – a loro volta potenti «stimoli legali», per definirli con Weber, alla razionalizzazione dell'economia alle origini del capitalismo moderno[57] – mancava di dedurre poi anche per l'inventore il diritto all'appropriazione, lasciando al solo orizzonte indistinto delle origini le analogie e le prossimità – di natura e durata – tra i due istituti.

Negli anni successivi le risposte approntate dai giuristi alle tesi estreme dell'economista – che aveva rinominato seccamente la pretesa proprietà letteraria dell'ingegno sotto la più modesta categoria di misura amministrativa concessa all'autore per un «limitatissimo termine di cinque e dieci anni durante i quali la ristampa era vietata ai terzi»[58]

[56] F. FERRARA, Introduzione, cit., p. CXII.

[57] M. WEBER, *Storia economica. Lezioni di una storia universale dell'economia e della società* (1919-1920), con introduzione di C. Trigilia, Roma 1993, pp. 272-273.

[58] F. FERRARA, Introduzione, cit., p. CXXIV.

– producono una trama composita di argomenti che in linea tendenziale non si affidano più esclusivamente allo schema proprietario.

In primo luogo si tematizza con maggiore attenzione il lavoro immateriale dell'autore, seppur lasciandogli l'aura di incommensurabilità e di eccezione che Ferrara al contrario aveva combattuto con asprezza. Nella gerarchia dei prodotti intellettuali – un lemma offerto per unificare in uno stesso luogo teorico sia il servizio prestato dalle professioni liberali, il consulto di un medico, il parere di un avvocato, il progetto di un ingegnere, sia l'opera individuale dell'autore – un posto eminente spettava tuttavia a quest'ultimo, alle «produzioni dell'ingegno»[59] dello scrittore e dell'artista, nelle quali era iscritta una vocazione non meno pubblica e civile. Amar applicava questi enunciati al problema del compenso:

«qualunque produttore ha diritto di percepire un compenso da coloro che godono dei suoi prodotti... è pertanto giusto ed equo che anche gli autori di produzioni dell'ingegno conseguano il prezzo del loro lavoro... La difficoltà sorge quando si tratta di determinare tale compenso perché l'utilità del loro lavoro non si limita a favore di quello che lo ha ordinato ma si estende a tutto il pubblico»[60].

Alcune pagine dopo aggiungeva:

«il lavoro dell'uomo è bensì la fonte da cui origina la proprietà ma si richiede ancora che si eserciti sopra una cosa che sia di nessuno e che possa formare oggetto di un dominio esclusivo. È perciò che

[59] Si può ricordare l'emblematica proposizione della sentenza della Corte di Cassazione di Roma del 3 giugno 1876 che offriva una accezione larghissima della nozione di opera dell'ingegno: «l'espressione opera dell'ingegno è siffattamente estesa e incondizionata, da racchiudere in sé qualunque produzione, che possa dirsi effetto di un lavoro intellettuale, per quanto la medesima sia modesta e di poca importanza», in «Monitore dei tribunali», 1876, p. 668, poi in «Giurisprudenza italiana», I 1, p. 596 con nota di Gabba.

[60] M. AMAR, *Dei diritti degli autori*, cit., pp. 14-15.

l'operaio, per quanto impieghi il suo lavoro, non potrà mai essere proprietario dell'oggetto intorno a cui lavora, perché questo appartiene ad altri»[61].

Più tardi in modo non dissimile Nicola Stolfi a conferma di un giudizio condiviso sull'opera intellettuale sarebbe tornato sulla d i s e g u a g l i a n z a n e c e s s a r i a tra il lavoro materiale e intellettuale. A suo avviso non si era ancora compresa la differenza essenziale che correva tra la produzione di un oggetto qualsiasi e quella di un'opera artistica e letteraria: il primo si produceva «per mezzo del lavoro materiale», e non rappresentava «il risultato ultimo della preparazione della propria mente;» la seconda invece si realizzava quando vi fossero «nell'autore una educazione coltivata, circostanze favorevoli, qualche mezzo di fortuna, una lunga esistenza, dello spirito di connessione, un carattere e il talento»[62].

In secondo luogo, parallelamente al lento indebolirsi dello schema proprietario – Amar si compiace di descrivere il diritto degli autori, «senza ricorrere al concetto di proprietà»[63] – si sedimenta un paradigma che fa perno sulla «capacità» dell'ingegno dell'autore individuale, sull'«impronta personale» e il talento creativo, s u p e r i o r e in questo modo a qualunque immagine proprietaria:

«se si vuole aver riguardo al prodotto materiale e diretto del lavoro dell'autore, come al manoscritto, al quadro, al disegno e simili, nessun dubbio vi ha che questi siano *proprii* di lui, e anzi vi ha tra questi e l'autore un rapporto che si può quasi chiamare superiore a

[61] *Ibidem*, pp. 22-23.

[62] N. STOLFI, *La proprietà intellettuale*, cit., pp. 226-227.

[63] La dottrina formulava in quegli stessi anni un campionario di definizioni che, seppur prossime al quadro proprietario, denunciavano loro malgrado la natura imperfetta delle figure escogitate per nominare l'opera d'ingegno. Si tratta per esempio delle nozioni di «quasi proprietà» (P. DEL GIUDICE, *Enciclopedia giuridica*, Milano 1896), «usufrutto dell'autore» (L. MIRAGLIA, *Filosofia del diritto*, Napoli 1893), «proprietà sui generis» (E. GIANTURCO, *Lezioni sui diritti reali*, Napoli 1892).

quello di proprietà: perché si immedesima con la sua persona e in nessun modo può rompersi il vincolo che gli unisce»[64].

Su queste premesse il diritto dell'autore riconquistava il rango di un vero e proprio diritto naturale diverso dalla proprietà che la legislazione positiva avrebbe dovuto limitarsi semplicemente ad autenticare: questo diritto non è un personale favore per grazia del principe – affermava Antonio Scialoja nella sua Relazione – ma «trae la sua radice e ragione d'essere nella produzione stessa dell'opera». Ogni diritto – scriverà ancora nel 1911 Nicola Stolfi con piglio savigniano – trova nella legge non il suo fondamento ma la sua sanzione[65].

Tali enunciati arruolavano la figura del lavoro immateriale nella forma positivizzata di un diritto naturale di nuovo genere[66], assegnato all'autore privato, senza ricorrere – per usare ancora l'espressione dell'Amar – al concetto di proprietà. In questo modo le pretese dell'a u t o r e si affrancavano anche dall'altra identità, anacronistica ma pericolosamente ricorrente, nel linguaggio legislativo e scientifico, del monopolio e del privilegio, per fondarsi sul diritto civile dell'ingegno. Il giurista italiano sottolineava tale passaggio proponendo una citazione da Charles Comte:

«L'établissement d'une garantie suppose un droit préexistant; la formation d'un monopole ne suppose l'existence d'aucun droit

[64] M. AMAR, *Dei diritti degli autori*, cit., p. 17.

[65] Cfr. N. STOLFI, *La proprietà intellettuale*, cit. p. 222.

[66] Amar segnalava per esempio le conclusioni del secondo Rapporto del 1859 di F. Restelli, relatore della Commissione di studio presso l'Istituto Lombardo. Mutando opinione rispetto allo studio precedente, l'avvocato Restelli fondava le pretese dell'autore non più sul diritto di proprietà ma piuttosto su un autonomo p r i n c i p i o d i d i r i t t o n a t u r a l e: «certo che, quando siamo ad applicare praticamente il principio, si incontrano incertezze e difficoltà che è soltanto dato alla legge di togliere, ma è questa appunto una delle sue principali missioni... dare forma, limiti precisi ed opportunità di applicazione ai dettati del diritto naturale, i quali peraltro, nel subire questa trasformazione, non mutano natura». Cfr. F. RESTELLI, *Rapporto*, in «Atti dell'Istituto Lombardo», Milano 1858, I, pp. 369 ss.; II, 1859, pp. 33-36.

exclusif antérieur. La garantie reconnaît à tous les mêmes droits; elle constitue le régime de l'égalité devant la loi; elle rend à chacun le sien. Le monopole frappe, au contraire, la masse de la population dans l'exercice de ses droits; il crée des exceptions et constitue des privilèges; il établit le régime de l'inégalité»[67].

In modo non dissimile si escludeva che l'a u t o r e rendesse un «servizio» alla società. Non si trattava di un contratto tacito tra questa e gli autori per «conciliare i rispettivi interessi». Il titolo giustificativo era altrove, nella produzione dell'opera che portava l'i m p r o n t a p e r s o n a l e dell'ingegno dell'autore[68].

La costituzione dell'individualità «immateriale» dell'autore – che esercita la sua piena sovranità sull'opera – consentiva dunque questi molteplici spostamenti che allo stesso tempo rinominavano l'ingegno con espressioni diverse da quelle ugualmente «incomplete» del privilegio, della proprietà letteraria e del lavoro. L'a u t o r e, il paradigma individuale-personale della capacità dell'ingegno, diviene in questo caso funzione di una inedita distanza – più o meno variabile ma permanente – rispetto agli altri oggetti del lavoro immateriale meritevoli della protezione legale. Impone un nuovo *quadrillage* ai discorsi della dottrina, che riscrive così lentamente le sue classificazioni.

Ad una possibile logica dell'indistinzione (l'autore indifferenziato del libro o dell'invenzione) si oppone una strategia meticolosa della distinzione. Scriveva per esempio l'Amar nel 1893 a proposito della cosiddetta «proprietà industriale»: «anche nel campo industriale il vocabolo di proprietà è come disse il Manzoni nel campo letterario un traslato il quale può essere fonte di erronee deduzioni»[69].

L'impasse, che Ferrara aveva rivelato, della paradossale ir-

[67] M. AMAR, *Dei diritti degli autori*, cit., p. 24.

[68] Cfr. M. AMAR, *Dei diritti degli autori*, cit., p. 21 e N. STOLFI, *La proprietà intellettuale*, cit., pp. 221 ss. e 268 ss.

[69] M. AMAR, *Dei nomi, dei marchi e degli altri segni e della concorrenza nell'industria e nel commercio*, Torino 1893, p. 27.

rappresentabilità dei brevetti di invenzione sulla scena storica e teorica della proprietà letteraria, viene risolta dai giuristi – una volta svincolata l'opera di ingegno dall'ipoteca necessaria della proprietà – ricorrendo agli argomenti della differenza di genere fra spirito inventivo e ingegno[70].

Per esempio il contesto pubblico e prestrutturato della t r a d i z i o n e e dell'a m b i e n t e, che cedeva il passo di fronte all'impronta originaria dell'individualità dell'autore, restando una condizione secondaria dell'opera, al contrario subordinava a sé ogni azione dello «spirito inventivo», assegnato così in ultima analisi all'oggettività dell'organizzazione industriale-sociale. Osserverà Stolfi che le invenzioni degli operai e degli impiegati, secondo il senso comune, si sottraggono ai loro autori, in quanto sono dovute

> «quasi esclusivamente ai mezzi messi a disposizione dell'operaio e dell'impiegato inventore, o all'ambiente, oppure ad altre circostanze che favorirono o determinarono lo spirito inventivo»[71].

Si può notare del resto come nel più vasto orizzonte delle scienze sociali non mancassero suggestioni di una c u l t u r a d e l l ' i n v e n z i o n e intesa – in un senso largo dell'espressione – come un prodotto dell'espansione di idee e pratiche sociali, dovute solo in misura trascurabile alla singola «testa ingegnosa o geniale» e per il resto a quella «interferenza feconda delle ripetizioni», che suscitava un inevitabile «incontro mentale di conoscenze antiche il più delle volte trasmesse». Aveva scritto il Tarde darwiniano, tradotto dal Groppali, che il progresso consisteva in «una specie di meditazione collettiva e senza cervello proprio», resa possibile

[70] Sulla proprietà industriale il dibattito nella seconda metà del secolo registra posizioni diversificate: cfr. per esempio L. INDELLI, *Le privative industriali*, Roma 1878; E. BOSIO, *Le privative industriali nel diritto italiano – sintesi pratica delle leggi con riferimento alle circolari ministeriali, alle decisioni giudiziarie, alla dottrina e alla legislazione comparata*, Torino 1891; F.P. CONTUZZI, voce *Esposizioni*, in *Il digesto italiano*, X, 1895-1898, p. 901; E. BUGNI, voce *Esposizioni*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, V, III, 1906, pp. 196 ss.

[71] N. STOLFI, *La proprietà intellettuale*, cit., p. 365.

«per la solidarietà (grazie all'i m i t a z i o n e) dei molteplici cervelli degli inventori e dei dotti» che si scambiavano fra loro le reciproche cognizioni «poiché ogni scoperta è una risposta a un problema». Ogni nuova invenzione era dunque un «possibile realizzato tra altri mille possibili differenti», cioè tra i «necessari condizionamenti che l'invenzione madre da cui quella è nata porta nei fianchi»[72].

In questo modo il requisito dell'individualità creativa dell'autore tornava a distinguere nella prospettiva dei giuristi l'opera dell'ingegno dall'invenzione industriale. A giudizio di Stolfi per esempio mentre in materia di proprietà industriale, per poter aspirare alla protezione legale, occorreva il requisito dell'industrialità, esso non era richiesto in tema di diritti dell'autore, dove era sufficiente che l'individualità del contenuto vi fosse «anche in minima parte» per riconoscere quel «legame tra l'opera dell'ingegno e il suo autore» su cui si fondava la tutela predisposta dalla legge[73]. Non il lavoro intellettuale che è stato fine a se stesso – suggeriva Stolfi – ma quello che la personalità dell'autore ha «scolpito» nel quadro o nel libro, giustificava la tutela. Il soggetto dei discorsi resta la «personalità individuale» dell'autore «sia essa scialba o decrepita, sia di quelle che riscaldano gli animi».

Per fare un altro esempio, la funzione disciplinare del paradigma dell'ingegno personale dell'autore – 'retroscena' soggettivo della tutela dei diritti dell'ingegno – interviene nuovamente nei riguardi di quelle figure, intermedie tra le invenzioni e l'opera di ingegno, costituite dai disegni e modelli di fabbrica. In essi, per un verso l'elemento inventivo e la destinazione «più o meno strettamente industriale» non rag-

[72] Il passaggio di Gabriel Tarde era citato in A. GROPPALI, *La genesi sociale del fenomeno scientifico*, Torino 1899, p. 62. Per il concetto di imitazione cfr. G. TARDE, *Le lois de l'imitation*, Paris 1895 e dello stesso *Les trasformations du droit* (1893), Paris 1921. Sulla 'questione Tarde in Italia' si rinvia a L. MANGONI, *Una crisi di fine secolo. La cultura italiana e la Francia fra Otto e Novecento*, Torino 1985, pp. 324 ss.

[73] N. STOLFI, *La proprietà intellettuale*, cit., p. 371.

giungeva quello stesso «risultato industriale» rintracciabile nelle invenzioni, che per tale motivo erano suscettibili di «privativa». Per un altro verso nei disegni e nei modelli era riscontrabile l'azione della personalità, seppur affievolita, di un autore, che pertanto rendeva legittima la loro tutela in modo non dissimile da quella escogitata per l'opera di ingegno[74].

6. *Conclusioni*

Nell'epilogo immaginario della dottrina liberale sui diritti dell'ingegno troveremmo le stesse aporie dei suoi inizi. Non soltanto le figure somiglianti dell'autore e del proprietario finiscono loro malgrado per non incontrarsi in una perfetta identità, ma al paradigma della volontà individuale dell'autore – della p e r s o n a l i t à dell'ingegno – si attribuisce una funzione regolativa che resta per così dire spesso fuori misura rispetto alla costellazione di oggetti che è chiamato a disciplinare.

In primo luogo la metafora proprietaria continua a percorrere trasversalmente la cultura giuridica, segnandone le abitudini linguistiche e le soluzioni tecniche. Stolfi nega che sia «completamente corretta», non potendosi persuasivamente chiamare il diritto d'autore una «proprietà in senso romanistico». È sempre forte in questo senso la percezione delle difficoltà di applicare lo schema dell'appropriazione ai prodotti immateriali. Appellandosi alla natura diversa della sfera materiale e di quella del mondo delle idee Stolfi invoca un testo di Planiol di inizio secolo:

«Le monde matériel est destiné à l'appropriation, parce qu'il ne faut donner son plus grand rendement utile que par la partition des choses et le cantonnement des possessions individuelles. Le monde des idées est d'une nature toute différente: il est fait pour la communauté. L'idée ne devient utile que par son expansion. Triomphe suprême serait de devenir commune à tous les hommes. Remarquer

[74] *Ibidem*, cit., p. 365.

cette communication peut se faire sans altérer ni diminuer la jouissance et la possession qu'en a son auteur; au contraire la jouissance d'une idée communiquée n'en est que plus grande»[75].

In attesa tuttavia di una grammatica «propria e completa» il giurista italiano si attesta ancora sulla «designazione provvisoria di proprietà intellettuale» – espressione con la quale del resto titolava anche il suo trattato – salvo poi contraddittoriamente a sostituirla all'interno del testo con le lunghe perifrasi di categoria soltanto analoga alla proprietà oppure di diritto conformato analogamente al dominio[76].

In secondo luogo questo statuto di incertezza segna ancora la stessa rappresentazione dei diritti pensati a favore dell'autore. Sia col giustapporre un dominante diritto personale ad un diritto reale di sfruttamento economico, affermando così la precedenza del paradigma della personalità – «io sostengo che non si possa assolutamente prescindere dai diritti personali, specie quando non si limitino le proprie indagini al contratto di edizione: il diritto patrimoniale è ben poca cosa rispetto al vero contenuto del diritto d'autore, qual'è riconosciuto da tutte le legislazioni, dalla dottrina e dalla giurisprudenza finché l'autore vive»[77] – sia col raffigurare l'indistricabile natura personale-patrimoniale delle facoltà riconosciute all'autore su un bene intellettuale[78], si produce una asimmetria che investe la trama interna della signoria dell'autore. La sua positivizzazione nei discor-

[75] M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, Paris 1904, I, p. 913.

[76] N. STOLFI, *La proprietà intellettuale*, cit., pp. 266-267.

[77] *Ibidem*, p. 260.

[78] Contro l'evidenza fin troppo semplice dell'opera dell'ingegno come bene, il Piola Caselli scriveva: «questo bene è essenzialmente diverso da ogni altra sorta di bene sotto un duplice aspetto. Anzitutto perché rimane sempre se non compreso nella sfera della personalità del suo autore o creatore, per lo meno collegato, riallacciato costantemente a codesta sfera della personalità... In secondo luogo detto bene, a differenza di ogni altro bene patrimoniale, è rappresentativo della personalità dell'autore nei rapporti sociali»; E. PIOLA CASELLI, *Trattato del diritto di autore e del contratto di edizione* (1905), Torino 1922², p. 60.

si dei giuristi restava incompiuta e il diritto naturale di nuovo genere nel quale si facevano consistere le prerogative dell'autore prendeva spesso le sembianze insospettate di un diritto m o r a l e[79].

[79] L'espressione che percorre la dottrina ottocentesca è ripresa, ancora oggi, per fare soltanto un esempio, dal testo della Convenzione di Berna del giugno 1978 sulla tutela degli autori cinematografici, che attribuisce a questi ultimi non solo diritti patrimoniali ma anche diritti morali.

Il concetto di democrazia in Italia tra Ottocento e Novecento

di *Maria Serena Piretti*

Nel 1850 Giuseppe Mazzini scriveva:

> «La tendenza democratica de' nostri tempi, il moto ascendente delle moltitudini vogliose d'entrare partecipi nella vita politica e sottrarla al privilegio di pochi, non è oggimai più utopia di scrittore o grido d'agitatore senz'eco: è *fatto* potente, innegabile: fatto europeo»[1].

Due sono i dati significativi di quest'affermazione: un dato politico, il primo, e cioè la volontà di allargare i confini della gestione del potere; l'altro, un dato meramente geografico, ma per questo non meno importante, e cioè la dimensione ormai europea (e forse potremmo dire anche mondiale considerando l'incidenza che il carattere democratico ha sull'impianto politico istituzionale degli Stati Uniti) della tensione verso la 'democrazia'.

Tuttavia già dalle stesse pagine di quest'intervento di Mazzini si evince come l'accezione 'democrazia' sia un ventaglio dalle mille pieghe: chi la vuole con un significato meramente politico (leggasi suffragio), chi con uno specificamente sociale (il problema dell'indeterminatezza dell'eguaglianza), chi infine ne dà una lettura prettamente economica.

Termine dunque usato ed abusato? Forse non troppo se, come emerge da un recente saggio di Pierre Rosanvallon, in Francia solo a partire del 1848 la parola *démocratie* acquista

[1] G. MAZZINI, *I sistemi e la democrazia. Pensieri*, ora in G. GALASSO (ed), *Antologia degli scritti politici di Giuseppe Mazzini*, Bologna 1961, p. 87.

una sua propria dimensione nel vocabolario politico[2], e la Francia ha un'influenza sul pensiero politico italiano forse paragonabile a quella che ha nell'impianto della monarchia costituzionale piemontese prima e della nostra forma Stato nazionale poi.

Secondo Rosanvallon a partire dal 1848 il termine 'democrazia' prende a circolare perché non lo si legge più nell'ottica della democrazia degli antichi[3]. Il passaggio attraverso le elaborazioni di Montesquieu, Rousseau, quelle dei costituzionalisti della rivoluzione e, infine, di Tocqueville ha fatto acquistare a questo termine prima una dimensione 'moderna' che consiste innanzitutto nella separazione del duplice significato connaturato alla parola democrazia: sovranità popolare e governo del popolo, con l'accentuazione del primo termine rispetto al secondo, per cui cade il problema dell'autogoverno e si pone quello della traduzione della sovranità attraverso il governo dei 'rappresentanti' del popolo. Successivamente l'accento viene posto sul problema del rapporto governanti-governati e siamo nell'età della rivoluzione. Infine si passa alla fase della valenza sociale della democrazia, *l'égalité des conditions*, come ci ricorda Pierre Ménant[4], per cui con Tocqueville diventano inscindibili i termini 'sovranità popolare' e 'democrazia'[5], dimensione che apre la strada alla concezione contemporanea di questo lemma

[2] P. ROSANVALLON, *L'histoire de mot démocratie à l'époque moderne*, in «La Pensée politique», 1, 1993, pp. 11-29.

[3] Va rilevato come anche James Bryce, scrivendo intorno alle valenze storiche della democrazia per il volume G. BRODRICK (ed), *Essays on Reform*, London, 1867, sostiene l'impossibilità del far risalire qualsiasi tipo di «modern democracy» alle antiche repubbliche in quanto «a political system or form of government by itself is nothing, and acquires a meaning only when it is regarded as the result and efflux of national life». La citazione è presa dall'articolo di P. POMBENI, vedi nota 13.

[4] P. MÉNANT, *Tocqueville et la nature de la Démocratie*, Paris 1993. Di questo studio si veda soprattutto il capitolo in merito alla definizione della democrazia, pp. 12-28.

[5] Cfr. *I manoscritti di Yale*, citati da J.-C. LAMBERTI, *Tocqueville et les deux démocraties*, Paris 1983, p. 30.

per cui, «plus qu'un régime ou plus qu'une société, la démocratie traduira désormais une croyance commune en l'égalité»[6].

Il riflesso di questa successione sul dibattito politico italiano, negli anni tra l'Otto e il Novecento, è prima il carattere fortemente politico che questo termine assume, per cui il problema della democrazia è sostanzialmente legato alla costruzione del *representative government*, successivamente, ma siamo già nella fase novecentesca, dove il mutamento socio-politico legato alla prima guerra totale segna pesantemente il tessuto sociale, va segnalato il passaggio verso una concezione sociale della democrazia.

Democrazia, dunque, per il mondo politico della seconda metà dell'Ottocento, è, se non si vuol far immediato riferimento alla assunzione del termine da parte dei partiti dell'estrema, i cosiddetti partiti 'democratici', la forma Stato che implica la costruzione di un governo rappresentativo.

Attilio Brunialti scrive alla voce *Democrazia* nell'*Enciclopedia giuridica*[7]:

«Quando i cittadini possiedono gli stessi diritti, i loro voti hanno uguale valore. La democrazia non raggiunge uno sviluppo politico completo altro che dove tutti i cittadini sono elettori»[8].

Quest'affermazione contiene due principi fondamentali: la definizione dell'elettorato attivo come diritto e il suffragio universale come postulato su cui poggia la democrazia. Poco importa se tutto l'impianto dell'intervento di Brunialti è poi mirato a delimitare l'operatività di quest'affermazione.

A noi questo dato interessa perché ci permette di cogliere a

[6] P. ROSANVALLON, *L'histoire du mot démocratie*, cit., p. 28.

[7] Si veda a questo proposito l'intervento di Raffaella GHERARDI, *Forme della politica e scienza della legittimazione. Itinerari dell'Enciclopedia giuridica italiana*, in A. MAZZACANE-P. SCHIERA (edd), *Enciclopedia e sapere scientifico*, Bologna 1990, pp. 363-398.

[8] A. BRUNIALTI, *Democrazia*, in *Enciclopedia Giuridica Italiana*, IV, parte I, II e III, 1911, p. 865.

quale modello di democrazia vada ricondotta la pubblicistica italiana ottocentesca.

Quando ci confrontiamo infatti, in ambito europeo, con i sistemi ad impianto democratico, abbiamo immediatamente di fronte Francia e Inghilterra: in ambedue la valenza democratica passa attraverso un sistema politico basato sulla costruzione di un governo filtrato dal popolo, ma mentre nel caso francese l'accesso del popolo alla gestione della cosa pubblica nasce nell'età della rivoluzione come un diritto, nel caso inglese il *popular government* si costruisce sulla tradizione della rappresentanza propria di questo paese che non abbandona mai il principio fondante «no taxation without representation», e questo neppure nei momenti in cui i movimenti di riforma partono da una forte mobilitazione a livello popolare[9]. Per la Germania, il problema si pone in termini diversi: qui, anche se nella prima metà dell'800 il dibattito intorno al concetto di democrazia è molto ampio[10], a partire dal 1848 e ancor di più dal 1871

«alla forza di attrazione del concetto si contrappose un persistente distacco... Il mantenimento e, in parte, addirittura il rinnovato rafforzamento di istituzioni o assetti valoriali tradizionalmente monarchici o aristocratici fece in modo che il concetto di democrazia fino al 1918 non abbia mai potuto essere utilizzato per la definizione delle costituzioni tedesche»[11].

Il concetto di democrazia che matura nel contesto italiano è, invece, quello proprio della storia politica francese al di là dei frequenti riferimenti al modello inglese, per il quale va sottolineata, per altro, una recezione non sempre corretta: spesso si guarda all'Inghilterra senza avere l'esatta percezio-

[9] Si veda a questo proposito l'interessante studio di E. BIAGINI, *Il liberalismo popolare*, Bologna 1992, soprattutto al capitolo dedicato alla questione del suffragio, pp. 299-356.

[10] Cfr. W. CONZE-R. KOSELLECK-H. MAIER-CH. MEIER-H.L. REIMANN, *Democrazia*, Venezia 1993.

[11] *Ibidem*, p. 102.

ne del *background* su cui la democrazia inglese si fonda[12], lo stesso termine *democracy* per il sistema inglese è meno frequente, mentre i termini normalmente usati sono *representative government* o *popular government*[13].

Per verificare la percezione del termine democrazia nel contesto italiano, ho passato in rassegna le principali riviste, pubblicate tra Otto e Novecento[14], e ho considerato prima gli articoli che specificamente riportavano nella titolazione il termine 'democrazia' e che erano gli stessi che negli indici tematici venivano indicati come espressamente inerenti questo tema, e ho ripercorso poi le relazioni sulla riforma elettorale preparate per il 1882 da Zanardelli e Lampertico e per il 1912 da Bertolini e Torrigiani.

La concezione di democrazia nel contesto ottocentesco è condizionata dalla paura delle masse.

Sulle pagine di «Nuova Antologia», Gudio Padelletti interviene nel 1869 pubblicando uno scritto dall'eloquente titolo *Nuova fase della democrazia*[15]. Lo spunto è offerto dal dibattito che si sta svolgendo in Svizzera intorno alla riforma del sistema costituzionale varato nel 1848. Ormai i più ritengono che quel sistema ad impianto rappresentativo abbia fatto il suo tempo e sia «incompatibile col governo di sé, che il movimento di riforma mira ad applicare... in tutta la sua

[12] Sulla recezione del modello inglese in Italia si rimanda a P. POMBENI, *Luigi Luzzatti e il modello inglese*, in *Luigi Luzzatti e il suo tempo*, Venezia 1994; F. CAMMARANO, *Il modello britannico nella cultura del moderatismo italiano di fine secolo*, in R. CAMURRI (ed), *La scienza moderata. Fedele Lampertico e l'Italia liberale*, Milano 1992.

[13] Sull'inesistenza di una reale teoria della democrazia nel contesto inglese si rimanda a P. POMBENI, *Starting in reason, ending in passion. Bryce, Lowell, Ostrogorski and the problem of democracy*, in «Historical Journal». 37, 1994, pp. 319-341.

[14] Le riviste da me considerate sono le classiche: «Nuova Antologia», «Rassegna Nazionale», «Riforma Sociale», «Critica Sociale» e per il Novecento «L'Unità» diretta da Salvemini.

[15] Cfr. G. PADELLETTI, *Nuova fase della democrazia*, in «Nuova Antologia», 10, 1869, pp. 460-510.

purezza democratica»[16]. Da qui la pesante critica al concetto di 'sovranità popolare' intesa come continuo ricorso al popolo per la ratifica dell'operato dei rappresentanti, mentre secondo Padelletti solo le classi colte possono impedire alla democrazia di degenerare verso il dispostismo[17]. E in contrapposizione al modello svizzero, influenzato dalla Francia[18], si ripropone il modello inglese in cui il principio della duplicità tra rappresentante e rappresentato è un dato acquisito per cui nessuno in Inghilterra si sentirebbe di sostenere il diritto di *recall* da parte degli elettori.

Nel 1878 interviene, sempre su «Nuova Antologia», Luigi Palma con un articolo che prende lo spunto dalla pubblicazione dello studio di E. Erskine May, *Democracy in Europe*, lo stesso che poi avrà ampia circolazione in Italia con la sua traduzione come primo volume della *Biblioteca di Scienze Politiche* di Brunialti[19]. Il giudizio sul lavoro di May non è esaltante: «non è nemmeno una completa storia della democrazia in Europa» scrive Palma, «talvolta pare sia una disamina della libertà in genere anziché delle forme democratiche»[20]. Forte di quest'affermazione, Palma non traccia quella che oggi potremmo chiamare una recensione del lavoro di May, ma parte da questo dato per analizzare in prima persona l'evoluzione della democrazia, passando dalla democrazia degli antichi a quella contemporanea, nella quale ovviamente sono collocate Francia ed Inghilterra, la prima con

[16] *Ibidem*, p. 463.

[17] Questo giudizio Padelletti lo riprende da un intervento di Tallichet pubblicato su una rivista ginevrina, con cui evidentemente consente, cfr. *ibidem*, p. 469.

[18] *Ibidem*, p. 468.

[19] Per l'inquadramento di questa pubblicazione all'interno della *Biblioteca* di Brunialti, si rimanda allo studio di I. PORCIANI, *Attilio Brunialti e la «Biblioteca di Scienze Politiche». Per una ricerca su intellettuali e Stato dal trasformismo all'età giolittiana*, in A. MAZZACANE (ed), *I giuristi e la crisi dello stato liberale in Italia fra Otto e Novecento*, Napoli 1986, pp. 193-229.

[20] L. PALMA, *La Democrazia in Europa*, in «Nuova Antologia», 8, 1878, p. 401.

una ferma condanna per il potere distruttivo del *demos*, la seconda con un plauso perché sempre ha saputo accogliere ed organizzare le richieste delle masse. L'insegnamento, che si trae da questa rassegna, è, secondo Palma, l'impossibilità di negare, a fronte della crescita dell'organizzazione, ma soprattutto della coscienza maturata nel popolo di un proprio diritto, la partecipazione alla gestione della cosa pubblica; tuttavia l'accesso del popolo al potere nella costituzione va mediato da un lato dall'esistenza di caratteristiche che rappresentano una garanzia per l'ordine stabilito, quali «virtù attiva, intellettuale, economica e morale», dall'altro dal mantenimento «delle forze e degli organismi atti a impedire che non si corrompa, che la forza numerica dell'incolta moltitudine diventi diritto, o assorba in sé i poteri dello Stato, a scapito dei diritti delle altre classi, della libertà e della cultura»[21]. A livello istituzionale questo si traduce nella negazione della identificazione del principio di sovranità con l'«onnipotenza del numero»:

«il problema è di ordinare la rappresentanza del popolo in guisa che non riesca a esclusiva rappresentanza della moltitudine e della sua maggioranza, ma che vi abbiano in proporzione il giusto luogo le minoranze, o meglio i vari elementi sociali; e che la rappresentanza popolare non sia tutto nello Stato, ma che insieme ad essa siano vigorosamente costituiti un vero Senato moderatore, ed un potere giudiziario indipendente dalle passioni e dai pregiudizi del *demos*»[22].

Sono qui perfettamente elencati tutti i punti base per un impianto dello Stato che deve fronteggiare la supremazia del numero: ristrutturazione della rappresentanza, al fine di non consegnare in mano alla maggioranza che esce dalle urne la direzione politica del paese (Palma è attivo in questi anni nel dibattito intorno alla rappresentanza proporzionale: siamo qui ancora in una concezione di proporzionalismo diretto a tutelare le minoranze qualitativamente superiori che resterebbero schiacciate da un sistema maggioritario coniu-

[21] *Ibidem*, p. 434.

[22] *Ibidem*.

gato col suffragio universale)[23]; riorganizzazione del Senato (e questo è un altro dei grossi temi di Palma che, facendosi carico di un malessere circa la sperequazione tra Camera e Senato, peraltro da più parti sentito, proporrà alcune soluzioni operative a livello istituzionale, secondo le quali solo sottraendo alla indiretta, ma sostanziale dipendenza della maggioranza della Camera, la formazione del Senato gli si potrà restituire pari dignità. Questo, se era un problema già sentito dal Cavour nel 1848, diventava più urgente a fronte delle continue istanze di allargamento del suffragio quando non di introduzione del principio dell'universalità)[24].

Nella «Rassegna Nazionale», non ci si allontana dalla assimilazione democrazia/diritto all'elettorato attivo, ma tuttavia vanno registrati alcuni timori legati alla matrice stessa della rivista e cioè dal suo essere prodotta all'interno di quella corrente dei conservatori nazionali che, se sono fortemente sensibili alle vicende 'liberali' dello Stato, sono non meno interessati a mediare in quei rapporti Stato/Chiesa che le note vicende italiane avevano pesantemente incrinato, comportando la formale e volontaria esclusione dei cattolici dalla vita politica con tutto il significato istituzionale della scelta dell'astensione.

Su «Rassegna Nazionale», dunque, proprio il fattore Chiesa sposta il termine democrazia verso un modello più accentuato di democrazia moderata. In questa linea si collocano sia gli interventi mirati a fare del fatto religioso il necessario complemento della democrazia[25]: la «vera democrazia» è

[23] Rinvio qui al mio, *La rappresentanza delle minoranze. L''Associazione per lo studio della rappresentanza proporzionale' (1872-1885)*, in V. CONTI-E. PII (edd), *Gli aspetti sociali delle istituzioni rappresentative (secoli XIX-XX)*, Firenze 1987, pp. 93-105.

[24] Sulle vicende del Senato si vedano i recenti studi di N. ANTONETTI e M.E. LANCIOTTI.

[25] Si veda a questo proposito sia Mons. GILBERT, *La democrazia e il suo avvenire sociale e religioso*, in «Rassegna Nazionale», 8, 1886, pp. 144-174; X [P. FEA], *Monarchia e democrazia*, in «Rassegna Nazionale», 12, 1890, pp. 160-164.

solo quella che si fonda su principi cristiani[26]; come pure gli interventi di Brunialti[27], più impegnato, sul versante politico, a distinguere tra la vera e la falsa democrazia, tra il popolo vero ed il falso, ribadendo che comunque la forma stato della democrazia non può che essere quella propria del sistema rappresentativo. E qui, con una caduta grossolana, Brunialti collega il sistema rappresentativo esclusivamente ad un problema di estensione geografica:

«Dopo la formazione degli Stati nazionali non era più possibile che il popolo fosse convocato tutto a Parlamento sulla pubblica piazza»[28].

In questa dissertazione, dove il popolo è sinonimo di popolaccio, facile alle passioni e incline ai piaggiatori, dove la falsa democrazia è quella che ci arriva dall'evoluzione della storia politica francese, con il popolo costantemente in armi contro il potere costituito, dove pure il modello americano, che «esclude la parte migliore del popolo» dal governo non sta nel vero e con le parole di Macaulay lo si condanna al fallimento per opera dei suoi stessi figli, Brunialti salva, con un'operazione audace l'esperienza democratica italiana, sostenendo che, forti della nostra storia

«noi siamo politicamente una vera democrazia, perché la nazione è sovrana, il governo è nelle mani dei governanti, e l'interesse del maggior numero è garentito dalla volontà del maggior numero»[29].

Il pericolo a cui è sottoposta questa democrazia così organizzata, dove si sostituisce, con un colpo di mano, il termine nazione a quello di popolo, è ovviamente rappresentato dalle masse che, qualora non si inseriscano in questo modello

[26] Cfr. X [P. FEA], *Monarchia e Democrazia*, cit.

[27] Si veda a questo proposito A. BRUNIALTI, *La vera democrazia*, in «Rassegna Nazionale», 5, 1883 e *La democrazia e il governo parlamentare*, *ibidem*, 6, 1884, pp. 229-241.

[28] A. BRUNIALTI, *La vera democrazia*, cit. p. 620.

[29] *Ibidem*, p. 627.

secondo i canoni che il potere politico stabilisce, facilmente possono spostare l'asse di equilibrio trasformando quella che è una democrazia in demagogia. Ammonisce infatti Brunialti: «per conservare la libertà bisogna usarla moderatamente... agli eccessi della libertà tiene dietro la perdita sua»[30].

Unico intervento di un certo respiro, su «Rassegna Nazionale», è la presentazione di una lettura fatta da Carlo Alfieri di Sostegno al Circolo Filologico di Firenze sul tema *Conservazione, Libertà, Democrazia*. Siamo nel 1881, quindi in pieno dibattito parlamentare per l'allargamento del suffragio, e Alfieri si chiede: «quale altra via di ringiovanire lo Stato e rendere più feconda e gagliarda la sovranità nazionale» se non «far entrare le forze nuove della democrazia italiana nella fucina della vita politica, per disciplinarle e ridurle istrumenti di governo?»[31]. D'altronde questa posizione è conseguenza della concezione che Alfieri ha di 'conservazione':

«Signori, persuadiamocene una buona volta, la vita è tutta moto ed azione nel mondo morale come nel mondo fisico, nell'individuo come nella specie, nell'esistenza dell'uomo come in quella della famiglia, della città, della nazione e dello Stato!... l'immutabilità è morte! Quindi se vogliamo conservare i vivi, e non già imbalsamare dei morti, persuadiamoci che non è conservare l'impedire, il comprimere, il reprimere, il fermare ed il soffocare... Nella politica la conservazione non è fatta per creare nulla, né per sopprimere nulla, ma per regolare e moderare ed adoperare ogni cosa. È in una parola la politica stessa; e non v'ha politica buona se non quella che è conservativa della società umana»[32].

Potremmo dire la 'democrazia' va costruita, è questo il versante su cui anche il partito conservatore deve muoversi, poiché nessuno può pensare di ridurre, come ricorda lo stesso Alfieri, «la conservazione nella libertà e nella democrazia... (a) un'azienda di polizia generale, (b) un gran protettorato degli ozii dei gaudenti e del buon tempo degli

[30] *Ibidem*, p. 630.

[31] C. ALFIERI, *Conservazione, Libertà, Democrazia*, in «Rassegna Nazionale», 3, 1881, p. 177.

[32] *Ibidem*, p. 175-176.

sfaccendati»[33]. Proprio l'Alfieri, d'altronde, si era fatto carico nel suo ambito di avviare il processo di *canaliser* la democrazia ponendosi, negli anni settanta, il problema della costruzione della classe dirigente con l'avvio del «Cesare Alfieri» di Firenze, quella Scuola di Scienze Politiche che aveva preso a modello l'esperimento francese di Boutmy.

Sul finire del secolo «La Riforma Sociale», la rivista diretta da Francesco Nitti e Luigi Roux, ospita un intervento di un professore di sociologia dell'Università di Ginevra, Louis Wuarin, sull'organizzazione della democrazia in Svizzera[34]. L'articolo, pubblicato senza alcuna premessa della redazione, porta l'espressione di un fautore di quel sistema politico, dove gli istituti della democrazia diretta stanno progressivamente entrando nell'impianto costituzionale dello stato:

> «Il sovrano teorico è divenuto il padrone effettivo e la democrazia rappresentativa ha lasciato posto ad un sistema di democrazia diretta che, a quanto pare, non è giunto al termine della sua evoluzione»[35].

L'autore sottolinea l'importanza in questa trasformazione degli istituti del referendum, del diritto di iniziativa e della rappresentanza proporzionale, istituti che vengono presentati in quanto «esportabili», non, cioè, validi esclusivamente a fronte di un *background* politico come quello svizzero, fortemente incentrato su un sistema concentrico di antichi corpi che conservano in parte il sistema degli *jura et libertates*.

D'altronde l'utilizzo del termine «mandatario» al posto di «rappresentante» sottolinea il rapporto specifico di delega che restituisce la sovranità all'elettore sottraendola all'eletto.

33 *Ibidem*, p. 179.

34 L. WUARIN, *Il primo passo nella riforma sociale. L'organizzazione della democrazia. Le esperienze fatte in Svizzera*, in «La Riforma Sociale», 2, 1895, pp. 185-212.

35 *Ibidem*, p. 15.

I termini del dibattito sono inusuali per il contesto politico italiano, dove, il principio del mandato imperativo è, in linea con la tradizione europea, negato e dove anche a livello di prassi parlamentare vengono rifiutate le dimissioni, qualora il deputato le motivi con la sopravvenuta impossibilità di mantener fede agli impegni presi con il proprio elettorato. L'ospitalità data da «La Riforma Sociale» all'articolista svizzero non può essere, evidentemente, letta come volontà traspositiva dell'esperienza elvetica al sistema politico italiano, può invece essere considerata come l'utile confronto dei vasti ed inesplorati campi di realizzazione delle democrazie moderne.

L'accezione democrazia è dunque per il contesto ottocentesco italiano, se si fa eccezione per un breve intervento su «Critica Sociale», da cui si evince una propensione a considerare le valenze sociali della democrazia come fondamento di quelle politiche e non viceversa[36], sinonimo di governo rappresentativo.

Il problema vero, che fa da sottofondo a tutti gli interventi, è come comprimere questa rappresentatività senza chiuderla entro formule anacronistiche, affinché l'asse d'equilibrio definita dallo *statu quo* non venga pericolosamente compromessa. In questo senso vanno lette le relazioni di Zanardelli e Lampertico sulla riforma elettorale del 1882, che rispettivamente alla Camera ed al Senato presentano la necessità improrogabile di un allargamento del suffragio, recependolo nella accezione di diritto ma, nello stesso tempo, esprimendo la forte necessità di contenere la potenziale onnipotenza del numero[37].

Col passaggio del secolo, anche il significato attribuito al termine democrazia tende ad evolvere. Innanzitutto va rile-

[36] Cfr. R. CANDELARI, *Democrazia e socialismo*, in «Critica Sociale», 1, 1891.

[37] Significativa in questo senso è la relazione di Lampertico che anticipica le tesi del suo studio su *Il senato e lo statuto*, dove si interroga circa le possibili soluzioni al sostanziale depotenziamento del Senato, conseguenza della più stretta rappresentatività della Camera, di cui è garante l'allargamento del suffragio.

vata la maggior frequenza dell'uso di questo termine come sinonimo dei partiti democratici, e qui è soprattutto «Critica Sociale» che, nel tentativo di autodefinire la specificità del socialismo, prendendo le distanze da radicali e repubblicani, mischia un po' le carte. I socialisti sono diversi dai democratici, ma finché la democrazia non funziona i socialisti debbono sostituirsi ad essi; solo successivamente, in una realtà politica veramente democratica, i socialisti potranno fare i socialisti: è questo il succo di un intervento di Filippo Turati[38] che mette in evidenza l'ambiguità dell'utilizzo del termine.

Notevole interesse riveste invece l'intervento di Gaetano Mosca, pubblicato su «La Riforma Sociale» nel 1903, in cui ribadendo la nota teoria secondo la quale il governo è comunque sempre nelle mani di un'aristocrazia, prende lo spunto per definire cosa si può tenere e cosa si deve invece buttare del termine democrazia. Se con democrazia si intende il governo affidato alla maggioranza dei cittadini è evidente che l'affermazione si trova in netta contrapposizione con il principio sostenuto da Mosca, quindi l'affermazione viene ritenuta di attuazione impossibile; se invece con democrazia si intende «l'accessibilità a qualunque grado sociale aperta a tutti in diritto ed in fatto, la scomparsa di ogni vantaggio dovuto alla nascita nella lotta per la preminenza sociale»[39], allora secondo Mosca poiché quest'affermazione non contraddice la teoria del governo della minoranza, non va negata, ma va esaminata e discussa. Già in questa duplice lettura si intravvede tuttavia il passaggio da una concezione meramente politica del termine democrazia ad una sociale che si riflette sul politico, ma che non lo aggredisce in prima istanza.

[38] t.k. [F. TURATI], *Dichiarazioni necessarie*, in «Critica Sociale», 14, 1900. Sulla stessa linea va letto l'intervento di I. BONOMI, *Le due tendenze della democrazia*, in «Critica Sociale», 10, 1903.

[39] G. MOSCA, *Il principio aristocratico ed il democratico nel passato e nell'avvenire*, in «La Riforma Sociale», 10, 1903, p. 205. L'intervento di Mosca è la pubblicazione del *Discorso inaugurale* tenuto all'apertura dell'anno accademico 1902-1903 presso la Regia Università di Torino.

Nei tre anni che vedono il dibattito, l'attuazione e la prima prova del suffragio quasi universale maschile (1911-1913), particolarmente vivace appare il confronto politico, che implica trasversalmente anche una certa concezione di 'democrazia', che si svolge sulle pagine de «L'Unità» di Salvemini.

Un primo intervento è proprio di Salvemini. Ribadendo dalle colonne de «L'Unità» la sua antica posizione a favore del suffragio universale che lo aveva visto, dalle fila del partito socialista, contrastare le posizioni di Turati e Bonomi, Salvemini attacca la linea di chi vuole ancora il suffragio legato ad uno «speciale corredo di coltura» e la considera o un tentativo di basso profilo per «escludere dal diritto medesimo vaste zone della classe lavoratrice» oppure «una conseguenza del vecchio pregiudizio democratico, il quale fa dell'elettore la fonte di ogni autorità, il depositario di tutti i poteri, l'arca della scienza politica, una specie di idolo e semidio appellato 'popolo sovrano'»[40].

Per Salvemini l'esercizio dell'elettorato attivo è molto più semplicemente la possibilità offerta all'elettore di promuovere o bocciare quei rappresentanti che nel loro mandato non si sono interessati dei 'bisogni' del corpo elettorale. Inutile quindi voler dare letture dottrinarie, il sistema rappresentativo come traduzione del governo del popolo è dato per scontato e l'elezione risulta strumentale alla corretta attuazione di questo sistema, affinché non si perda di vista il termine *a quo* da cui la rappresentanza parte.

Su una posizione più articolata si pone invece l'assunzione del termine democrazia da parte di Gino Luzzatto. Il primo aspetto interessante di questo intervento su *Democrazia e partiti* è il dare per scontato che comunque il governo di una nazione è sempre 'aristocratico', nel senso moschiano del termine. Partendo da questo postulato, si arriva a condannare, poi, la volontà di contrapporre intelligenza e cultura al numero e agli interessi materiali perché questo significhe-

40 G. SALVEMINI, *Gli elettori analfabeti*, in «L'Unità», 1, 1911-12, p. 83. È stata utilizzata la ristampa anastatica curata da E. Camurani.

rebbe dare il *placet* al professionismo politico di avvocati, giornalisti, letterati, mentre gli uomini «di alta coltura e di più fine sentimento morale... saranno sempre più inetti a navigare nel mare insidioso della politica»[41].

A fronte di questa analisi, Luzzatto legge la forma Stato democratica come un modello in cui la funzione di governo non è esercitata sopra alle masse, ma è in costante rapporto dialettico con esse, per cui le *élites*, che detengono il potere, possono mantenere la loro posizione solo nella misura in cui il rinnovamento nel personale politico è un dato reale e il consenso delle masse è l'autorizzazione a perseverare nella gestione del potere. Alto indice di svecchiamento e consenso sono dunque le caratteristiche che permettono al governo di pochi di mantenersi e riprodursi. Queste tesi Luzzatto le ribadisce l'anno seguente, quando, prendendo lo spunto per una critica dell'opera di Michels su *La sociologia del partito politico nella Democrazia* e di quella di Delaisi su *La Démocratie et les financiers*, ribadisce come non sia ammissibile pensare che 'democrazia' sia «il governo diretto di maggioranze amorfe»[42]: secondo Luzzatto la democrazia ha bisogno di gerarchizzarsi, restando, tuttavia, una gerarchia aperta. Siamo di fronte ad una società in cui le classi si moltiplicano e alla testa di ogni classe vi è un'*élite* che deve interagire col governo e con i propri rappresentati al tempo stesso fondando la sua legittimazione solo sul consenso. Ma questa definizione di democrazia non è altro che la costruzione di un modello di Stato in cui i partiti intervengono «nella decisione politica offrendosi come canale di regolamentazione della obbligazione politica»[43]. La cura di queste democrazie malate può essere per Luzzatto solo la pratica della democrazia, il che tradotto significa: «opera paziente di propa-

[41] G. LUZZATTO, *Democrazia e partiti*, in «L'Unità», 1, 1911-12, p. 73.

[42] G. LUZZATTO, *Il processo alla democrazia*, in «L'Unità», 2, 1913, p. 246.

[43] P. POMBENI, *Partiti e sistemi politici nella storia contemporanea*, Bologna 1994, p. 31.

ganda, di organizzazione, di diffusione della cultura» affinché la partecipazione alla democrazia diventi effettiva.

Siamo qui completamente calati in una lettura del sistema politico fatta con gli occhi del nuovo secolo ed è distante anni luce dall'idea di un Luigi Luzzatti che, appena due anni prima proponeva dalle colonne della «Nuova Antologia», come cura delle democrazie malate, l'adozione di sistemi elettorali «intesi a far penetrare nelle Camere i rappresentanti delle minoranze, che si credono i custodi di idee organiche in formazione»[44]. Non è casuale che all'interno dello stesso intervento Luzzatti plauda all'opera di Ostrogorski[45], l'autore che in quest'inizio secolo forse più di ogni altro ha letto la struttura dei partiti, i nuovi intermediari della politica novecentesca, con gli occhi del vecchio secolo.

Negli anni che seguono il primo conflitto bellico, la crisi dello Stato diventa eclatante e ancor più tragica appare la carenza di progettualità politica della vecchia classe liberale che, nel rifiuto di leggere il rapporto dicotomico esistente tra Stato e società, ha sempre creduto, secondo lo schema orlandiano, che la società esistesse in quanto Stato e non viceversa e, come riflesso di questo assunto, non si è mai impegnata nella costruzione reale della nazione (sta qui il problema della carenza operativa a livello politico circa il passaggio dallo *State building* alla *Nation building*)[46]. L'assenza di un processo di nazionalizzazione, la cosiddetta costruzione degli italiani, segna profondamente la carente costruzione della democrazia italiana[47]. Significativo che l'aprirsi

[44] L. LUZZATTI, *Le cure costituzionali delle democrazie malate*, in «Nuova Antologia», 66, 1911, p. 644.

[45] Per un'attenta presentazione dell'opera di Ostrogorski, si rimanda ora alla introduzione all'edizione italiana curata da G. Quagliariello e pubblicata nel 1991 per i tipi della Rusconi.

[46] Si veda a questo proposito l'analisi di P. POMBENI, *Autorità e potere politico nell'Italia contemporanea*, Venezia 1993.

[47] Sarebbe interessante qui fare un raffronto con l'impegno messo in campo in Francia fin dai tempi della rivoluzione per l'educazione del cittadino. Si veda a questo proposito l'importante ricostruzione fatta da P. ROSANVALLON, *Le sacré du citoyen*, Paris 1992.

della crisi del sistema liberale travolga proprio quell'idea di democrazia dei partiti che in Italia non aveva ancora avuto piena cittadinanza politica.

Dalle pagine de «L'Unità», dove era maturato il rifiuto del partito come struttura monopolizzante, Angelo Crespi, nel 1920, considerando il rapporto deputati/corpo elettorale, opera una distinzione tra società e folla: società è l'insieme di corpi organici che interagiscono ed esprimono, a gradi diversi, istanze che si compongono e trasmettono al deputato un idem-sentire che è ciò che il deputato rappresenta in Parlamento; folla, invece, è un insieme inorganico di cittadini, la forza del numero che si lascia governare solo da demagoghi che l'imboniscono. Il rapporto deputato/elettore in questo caso diventa una sorta di mandato imperativo interpretato che si fonda su quella macchina politica a circuito chiuso che è rappresentato dal sistema dei partiti attivo in Italia.

L'organizzazione politica non può dunque essere più l'ambito privilegiato di costruzione della democrazia, come Achille Loria scrive sulla «Nuova Antologia» nello stesso 1920, la democrazia o sarà sociale o non sarà: sono troppo anguste le basi della democrazia politica perché possa reggere.

Democrazia e diritti a Weimar

di *Gustavo Gozzi*

1. *Avvio del dibattito costituzionale sui diritti fondamentali*

Il 4 marzo 1919 si aprirono i lavori della commissione costituzionale (*VIII Ausschuß*), durante i quali fu deciso di organizzare il dibattito secondo argomenti distinti. Per i diritti fondamentali il relatore sarebbe stato F. Naumann. Il suo intervento si svolse nella seduta del 31 marzo 1919, durante la quale egli espose i principi che erano al fondamento del progetto sui diritti fondamentali da lui presentato.

Le parole di Naumann sono dominate dalla percezione delle trasformazioni che hanno investito l'assetto politico-costituzionale del secolo XIX e la dottrina dello Stato di diritto che in esso si era espressa. Certo ci sono anche delle continuità con le precedenti esperienze costituzionali: soprattutto la continuità nell'affermazione dei diritti dell'uomo che, come ha mostrato Jellinek, hanno esercitato un ruolo fondamentale in tutte le costituzioni moderne a partire da quelle americane, fino alle costituzioni francesi e al progetto governativo tedesco del 21 febbraio 1919[1]. Essi sono, come è noto, dei diritti negativi che pongono dei limiti all'intervento dello Stato: così, ad es., l'art. 35 dell'*Entwurf 21. Februar 1919* stabilisce che «la libertà personale è inviolabile» e l'art. 36 afferma che «l'abitazione è inviolabile».

Si tratta di diritti in cui si esprime la concezione che era al fondamento dello Stato di diritto, ossia l'idea di uno Stato che doveva arrestarsi di fronte ai diritti dell'uomo sanciti

[1] Il testo è riportato in E. HEILFRON (ed), *Die Deutsche Nationalversammlung im Jahre 1919*, Berlin 1919-1920, II, pp. 712-731.

costituzionalmente e formulati in norme di legge. Ma questo vecchio Stato di diritto, che si era affermato durante tutto l'Ottocento, non esiste più – afferma Naumann – giacché esso si è trasformato in uno Stato nazionale e sociale, in un *Volksstaat*[2]. Esso rappresenta la formazione politica nella quale si esprime la realtà di un individuo organizzato in forme associative (*Verbandmensch*)[3].

Così nel terzo gruppo di diritti che Naumann espone, dopo i diritti dell'uomo e i diritti politici, compaiono forme di garanzia delle realtà associative, in particolare il riconoscimento della *Vereinigungsfreiheit* e della *Versammlungsfreiheit*[4]. Ma è soprattutto dall'esposizione del gruppo di diritti che riguardano la vita economica, che emergono le caratteristiche del nuovo *Volksstaat*.

Questi nuovi diritti segnano tutta la distanza che separa la vicenda costituzionale di Weimar dalle precedenti costituzioni dell'Ottocento, in particolare dalla costituzione di Francoforte del 28 marzo 1849, dove l'unico diritto che era stato affermato per l'ambito economico era quello della *Auswanderungsfreiheit*[5]. Ma Naumann critica anche il progetto del

[2] Questa concezione di Naumann è assai vicina a quella di H. Preuß, il quale sottolinea il carattere della nuova democrazia affermando che Stato nazionale e Stato democratico sono diventati concetti corrispondenti in Germania dopo la caduta dell'Impero, e aggiunge che chi afferma la necessità della democrazia tedesca deve sostenere un solo interesse: l'unione di tutte le forze nell'idea della democrazia nazionale, in H. PREUSS, *Nationale Demokratie* (1920), in *Staat, Recht, Freiheit*, Hildesheim 1964, p. 433.

[3] Cfr. l'intervento di F. NAUMANN in *Verhandlungen der verfassunggebenden Deutschen Nationalversammlung*, Bd. 336: *Anlagen zu den Stenographischen Berichten*, Nr. 391:*Bericht des Verfassungsausschusses*, Berlin 1920, p. 180.

[4] All'art. 30, commi 6 e 7 del progetto di Naumann si legge: «überall in Deutschland besteht Gedankenfreiheit, Preßfreiheit, Versammlungsfreiheit, Wahlfreiheit. Die Vereinigungsfreiheit aller Berufe darf nicht beschränkt werden», in *Verhandlungen der verfass. Deut. Nationalversammlung*, Bd. 336. *Bericht des Verfassungsausschusses*, Berlin 1920, p. 172.

[5] Cfr. il testo della costituzione di Francoforte del 1849 in E.R. HUBER (ed), *Dokumente zur Deutschen Verfassungsgeschichte*, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1978, I, p. 390, art. 136. Lo stesso diritto era già stato

governo tedesco presentato nel febbraio del 1919, giacché esso si limita ad affermare, all'art. 34, che «la forza-lavoro è posta sotto la speciale protezione del *Reich*»[6], e non stabilisce i principi che devono essere enunciati come fondamento delle nuove relazioni produttive. Naumann ribadisce infatti la necessità di stabilire nuovi diritti fondamentali nei quali quei principi trovino la loro adeguata espressione: «Wieweit ist es möglich und nötig, neuen Stoff als neues Grundrecht zu formulieren?»[7].

In realtà anche Naumann non appare in grado di stabilire con chiarezza nuovi fondamenti, sulla base dei quali formulare il riconoscimento costituzionale dell'uomo socializzato nei gruppi e nelle associazioni, che rappresenta l'uomo normale del presente (*der Normalmensch der Gegenwart*). Egli si limita infatti ad enunciare la necessità di porre delle limitazioni alla proprietà privata, dichiarando nel suo progetto, all'art. 33, ultimo comma, che «l'economia nazionale (*Volkswirtschaft*) è anteposta all'economia privata»[8].

Si tratta, come appare evidente, di principi che, proprio a causa della loro pretesa di generale comprensibilità, finiscono invece per essere assai generici e privi di contenuti giuridici[9]. È questa infatti l'accusa che il deputato Düringer[10]

riconosciuto all'art. 5 dell'*Entwurf der deutschen Verfassung* accettato nella 21. Sitzung del 19. Juni 1848; cfr. H. SCHOLLER, *Die Grundrechtsdiskussion in der Paulskirche*, Darmstadt 1982, p. 73.

[6] Cfr. E. HEILFRON (ed), *Die Deutsche Nationalversammlung*, cit., p. 718.

[7] Cfr. l'intervento di F. Naumann, in *Verhandlungen der verfassunggebenden Deutschen Nationalversammlung*, Bd. 336, cit., p. 178.

[8] *Ibidem*, p. 180.

[9] Poetzsch-Heffter definisce i diritti fondamentali di Naumann «un catechismo popolare borghese [*staatsbürgerlichen*]», in F. POETZSCH-HEFFTER, *Handkommentar der Reichsverfassung vom 11. August 1919*, Berlin 1928, p. 394, mentre Smend afferma che si tratta «di uno sfortunato, quasi liturgico vecchio lavoro», che è stato giustamente respinto, in R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, München-Leipzig 1928, pp. 166-167.

[10] Cfr. l'intervento di Düringer in *Verhandlungen der verfassunggeben-*

della *Deutschnationale Volkspartei* formula nei confronti del progetto di Naumann quando la discussione ritorna nell'assemblea nazionale, dopo la conclusione dei lavori della commissione costituzionale.

In realtà le idee guida di Naumann vennero conservate – come riconosce lo stesso Düringer – ma il dibattito in seno alla commissione costituzionale le elaborò in forma giuridica, ponendole come p r o g r a m m a per un futuro sviluppo legislativo. E realmente le idee che Naumann espresse per illustrare la sua concezione dei diritti fondamentali racchiudevano tutta la tensione ideologica che stava al fondo dell'esperienza costituzionale di Weimar e tutte le possibilità che quella realtà politica conteneva e che avrebbe potuto esprimere.

Sviluppando una concezione che aveva già anticipato nel suo fondamentale lavoro *Demokratie und Kaisertum* del 1900, Naumann osserva che la partecipazione dei socialisti alla vita dello Stato ha imposto il superamento di ogni concezione di tipo individualistico, giacché ora l'individuo si rappresenta come parte di gruppi sempre più vasti fino allo Stato, che deve essere concepito come l'organo della totalità, anche dal punto di vista dell'economia.

Ma ciò non implica la necessità di porre un diritto pubblico socialista; si tratta piuttosto di sviluppare un d i r i t t o p u b b l i c o s o c i a l e (*ein soziales Staatsrecht*), che rappresenta, a giudizio di Naumann, una sorta di pacificazione tra capitalismo e socialismo. Questa soluzione – implicita nei principi racchiusi nei diritti fondamentali – si tradusse nel progetto che venne enunciato dalla costituzione di Weimar e che fu da essa contrapposto, come affermava Naumann, alla costituzione sovietica del 5 luglio 1918.

Weimar, dunque, guardava ad Occidente e non ad Oriente. Nell'immaginario politico che si espresse durante quella fase costituente, la costituzione di Weimar voleva rappresentare

den Deutschen Nationalversammlung, Bd. 328, 54. Sitzung, Freitag den 11. Juli 1919, p. 1495.

la consapevole risposta di una democrazia avanzata alla soluzione sovietica della rivoluzione d'ottobre. In questo senso, essa ebbe certamente il significato di un caso esemplare e, come tale, deve essere concepita la forma di democrazia alla quale essa diede vita.

2. *Costituzione dello Stato e costituzione sociale*

La tensione ideale espressa dalle parole di Naumann viene recepita dall'intervento del socialdemocratico H. Sinzheimer, il quale, nella seduta del 31 marzo 1919, riprende in particolare la dichiarazione di Naumann a favore della superiorità dell'economia nazionale rispetto a quella privata. Sinzheimer intravvede in questo principio il riconoscimento della necessità di garantire una realtà dignitosa a tutti gli uomini e non certamente la tutela del guadagno del singolo individuo. Questi contenuti erano presenti nell'art. 39 della proposta elaborata da Sinzheimer in seno alla commissione costituzionale[11].

La sua riflessione affronta il problema dei diritti non solo da un punto di vista giuridico, ma anche nella prospettiva delle relazioni sociali. Il riconoscimento dei diritti postula infatti, secondo Sinzheimer, il godimento delle condizioni materiali che ne rendano effettivo l'esercizio, giacché non si tratta, a suo giudizio, della tutela dei diritti solo rispetto allo Stato, ma anche contro «gli altri poteri sociali, che sono anche più potenti dello Stato»[12].

Questo risultato può essere raggiunto solo sulla base del-

[11] Si legge infatti all'art. 39: «Il *Reich* deve vigilare al fine di ottenere che la vita economica non serva al guadagno del singolo, ma alla realizzazione di una realtà [*Dasein*] dignitosa per tutti gli uomini»; cfr. *Antrag* Nr. 89 – Quarck-Sinzheimer, in *Verhandlungen der verfassunggebenden Deutschen Nationalversammlung*, Bd. 33: *Anlagen zu den Stenographischen Berichten*, Nr. 391: *Bericht des Verfassungsausschusses*, Berlin 1920, p. 174. Questi contenuti troveranno espressione nell'art. 151 della costituzione di Weimar del 1919.

[12] *Ibidem*, p. 183.

l'autodeterminazione delle forze sociali. Per questo Sinzheimer rivendica la necessità di una costituzione sociale che integri la costituzione dello Stato: «Accanto alla costituzione dello Stato [*Staatsverfassung*] – egli dichiara – deve formarsi anche una costituzione sociale [*Gesellschaftsverfassung*] in cui operino immediatamente le forze sociali»[13].

L'occasione per questo intervento di Sinzheimer venne fornita dalla presentazione da parte del governo, il 6 aprile 1919, di un progetto di legge che completava, con l'art. 34 a), l'art. 34 del progetto governativo del 21 febbraio 1919[14].

L'articolo introduceva un preciso diritto di co-decisione (*Mitbestimmungsrecht*) dei lavoratori nell'impresa, che metteva in discussione in modo definitivo il potere di comando (*Herrschaftsrecht*) che l'imprenditore aveva esercitato fino ad allora in modo autocratico. La problematica riveste un'importanza decisiva e viene svolta da Sinzheimer in una direzione che gli permette di discutere i rapporti tra la democrazia politica e le possibili forme di una futura democrazia economica.

Egli ipotizza lo sviluppo di relazioni conflittuali tra organizzazioni di interessi, come condizione per il raggiungimento di accordi sulla regolamentazione del salario e del tempo di lavoro sanciti da *Tarifverträge* tra le diverse parti sociali. I consigli operai delle aziende (*Betriebsarbeiterräte*) avrebbero dovuto controllare l'attuazione dei *Tarifverträge*, mentre il *Reichswirtschaftsrat*, nel quale, secondo l'art. 34 a), dovevano essere presenti oltre alle rappresentanze operaie anche quelle imprenditoriali, doveva presiedere all'attuazione delle leggi riguardanti la socializzazione (*Sozialisierungsgesetze*)

[13] *Ibidem*, p. 393.

[14] Il precedente articolo 34 del progetto governativo del 21 febbraio 1919 recitava semplicemente: «Die Arbeitskraft steht unter dem besonderen Schutze des Reiches»; cfr. *Entwurf einer Verfassung des Deutschen Reiches*, in *Verhandlungen der verfassunggebenden Deutschen Nationalversammlung* – Bd. 335, Aktenstück Nr. 59, p. 51.

e perseguire l'obiettivo della crescita della produttività e della ripartizione del prodotto.

Sinzheimer mette in luce il futuro carattere consociativo (*genossenschaftliches*) dell'impresa ed enuncia i principi di una *Gemeinwirtschaft* destinata a limitare i principi di funzionamento dell'economia privata. Ma questa «economia sociale» deve essere considerata distinta, secondo Sinzheimer, dal sistema socialista, giacché in essa, a differenza del socialismo, continuano a sussistere gli imprenditori a capo dell'impresa come direttori responsabili (*Leiter*).

Infine ogni forma di socializzazione per la realizzazione di un sistema economico sociale (*gemeinwirtschaftliches System*) avrebbe potuto avvenire solo sulla base di espropri attuati con legge dello Stato.

Si tratta, come appare evidente, dei principi di una democrazia economica destinata principalmente a salvaguardare, attraverso una limitazione dell'economia privata, i diritti della popolazione lavoratrice. Ma essa non avrebbe dovuto sostituirsi, secondo Sinzheimer, alla democrazia politica, bensì solo integrarla.

La struttura organizzativa del *Reichswirtschaftsrat* avrebbe dovuto consentire di realizzare una rappresentanza dell'elemento sociale, che era estremamente differenziato e complesso, ma essa non avrebbe dovuto in alcun modo trasformarsi in una camera professionale che, come fattore legislativo, avesse il potere di approvare o respingere i progetti di legge.

Se così fosse stato ci sarebbe stato il pericolo di una «materializzazione dell'intero sviluppo politico e dello spirito politico»[15]. Esistevano infatti, a giudizio di Sinzheimer, numerosi ambiti della vita politica che non erano in alcun rapporto con interessi economici, come le questioni della politica

[15] «Wir befürchten eine Materialisierung der ganzen politischen Entwicklung und des politischen Geistes»; cfr. l'intervento di H. SINZHEIMER in *Verhandlungen der verfassunggebenden Deutschen Nationalversammlung*, Bd. 336, cit., p. 396.

culturale, della politica estera e della scuola e non era in alcun modo giustificato che, anche su questi problemi, potesse decidere una camera che giudicasse solo sulla base di interessi economici. Una camera professionale dotata di potere legislativo avrebbe rappresentato, dunque, un pericolo per la democrazia politica e ad essa doveva essere pertanto riservato solo un diritto di iniziativa legislativa (*das Recht der Initiative*)[16].

Di tutt'altro avviso sono invece i conservatori. Il deputato Düringer si pronuncia infatti a favore di una camera professionale, che deve essere concepita come un contrappeso adeguato ad un debole sistema parlamentare orientato solo secondo un punto di vista politico[17].

Naumann, al contrario, vede nei principi posti dall'articolo[18] sul consiglio dell'economia, l'avvio di un nuovo diritto. Si tratta, a suo avviso, del più importante tra i diritti fondamentali, giacché «in nessun punto i diritti fondamentali pongono il problema vago ed incerto del futuro come in questo luogo»[19]. Mentre una grande parte dei diritti fondamentali è solo la codificazione di un diritto esistente, la soluzione introdotta dall'art. 34 a) (poi art. 162 nel progetto della commissione costituzionale e futuro art. 165 della commissione di Weimar) ha una portata fortemente innovativa e una rilevanza direttamente politica. Infatti le modalità organizzative previste con il sistema dei consigli avrebbero modificato profondamente – a giudizio di Naumann – l'esistente struttura economica e ciò avrebbe comportato inevitabilmente il mutamento del sistema politico. Infine sarà proprio

[16] *Ibidem*.

[17] Cfr. l'intervento di Düringer, tenuto il 30 luglio 1919, nel dibattito in aula dopo la conclusione dei lavori dell'*VIII Ausschuß* in *Verhandlungen der verfassunggebenden Deutschen Nationalversammlung*, Bd. 328, p. 2092.

[18] L'art. 34 a) del progetto governativo diventa l'art. 162 del progetto di costituzione del 18 giugno 1919 elaborato dalla commissione costituzionale. Infine comparirà, con parziali modifiche, come art. 165 nel testo finale della costituzione di Weimar dell'11 agosto 1919.

[19] Si veda l'intervento di F. NAUMANN in *Verhandlungen der verfassunggebenden Deutschen Nationalversammlung*, Bd. 329, Berlin 1920, p. 2189.

questo articolo, nel quale egli vede la fondazione di un processo di *partecipazione responsabile*, che rappresenterà l'elemento di confronto tra la costituzione tedesca del 1919 e quella sovietica del 1918.

Secondo il giudizio di Naumann, così come secondo Sinzheimer, la costituzione di Weimar pone dunque nei diritti fondamentali e, precisamente, in quelli riguardanti la vita economica, i principi di una nuova costituzione sociale che dovranno alimentare la costruzione di una futura *democrazia sostanziale* capace di integrare e di supplire ai limiti della sola democrazia politica. In questa sfida rivolta al futuro è consistito e consiste tuttora il fascino dell'esperimento politico di Weimar.

3. *Libertà e funzione sociale*

Il dibattito in aula sui diritti fondamentali relativi alla vita economica permette di comprendere a fondo i principi della costituzione sociale che avrebbero dovuto essere il fondamento della repubblica democratica di Weimar. Sono ancora una volta le parole del socialdemocratico Sinzheimer che ci guidano in questa comprensione.

L'idea centrale che ha alimentato i lavori della commissione costituzionale nella formulazione dei diritti fondamentali economici è espressa dall'art. 148 del progetto elaborato dalla commissione, in cui si legge che: «L'ordinamento fondamentale della vita economica deve corrispondere alle norme fondamentali della giustizia e tendere a garantire a tutti un'esistenza degna dell'uomo»[20]. Sinzheimer interpreta questo articolo nel senso che la libertà economica non rappresenta uno scopo in sé, bensì nel senso che essa «deve valere nella vita economica solo fino al punto in cui questa libertà

[20] Cfr. l'art. 148 nel *Fünfter Abschnitt «Das Wirtschaftsleben»* dell'*Entwurf einer Verfassung des Deutschen Reichs nach den Beschlüssen des 8. Ausschusses*, in *Verhandlungen der verfassunggebenden Deutschen Nationalversammlung*, Bd. 337, Druck. Nr. 656, p. 26. L'art. comparirà immodificato nella costituzione dell'11 agosto 1919 come art. 151.

ha una *funzione sociale*»[21]. Questo principio informa l'intero ordinamento della vita economica da tre punti di vista: per ciò che riguarda l'attività economica del singolo, per ciò che concerne la forza-lavoro come particolare bene giuridico e, infine, in relazione alla fondazione di una costituzione economica, su cui ci siamo precedentemente soffermati.

Sul primo punto Sinzheimer rileva che la costituzione, da una parte, ha riconosciuto i diritti esistenti, dall'altra, ha affermato un pensiero sociale (*sozialer Gedanke*) che vincola l'esercizio dei diritti economici individuali dal punto di vista dell'interesse comune. Ciò avviene, in particolare, in relazione alla libertà contrattuale (art. 149) e alla proprietà (art. 150). L'art. 149 recita: «I rapporti economici sono regolati dal principio della libertà contrattuale in conformità alle disposizioni di legge. L'usura è proibita. Gli atti giuridici che contrastino con i buoni costumi (*gute Sitten*) sono nulli»[22].

Il diritto di proprietà è regolato dall'art. 150 dove si legge: «... La proprietà obbliga. Il suo uso, oltre che al privato, deve essere rivolto al bene comune»[23].

L'assunzione nella costituzione dei diritti fondamentali – tra i quali rientrano anche i diritti enunciati negli articoli sopraesposti concernenti la vita economica – conferisce ai diritti il carattere di norme costituzionali. Ma essi, osserva Sinzheimer, non hanno un'immediata efficacia giuridica, bensì hanno piuttosto il significato di concezioni giuridiche (*Rechtsanschauungen*) in cui si esprimono dei principi

[21] Cfr. l'intervento di Sinzheimer nella seduta del 21 luglio 1919, in *Verhandlungen der verfassunggebenden Deutschen Nationaversammlung*, Bd. 328, p. 1748.

[22] Cfr. l'art. 149 in *Fünfter Abschnitt «Das Wirtschaftsleben»*, cit., p. 26. L'articolo compare immodificato, come art. 152, nella costituzione dell'11 agosto 1919.

[23] Cfr. l'art. 150 in *Fünfter Abschnitt «Das Wirtschaftsleben»*, cit., pp. 26-27. L'art. compare, con aggiunte, nella costituzione dell'11 agosto 1919 come art. 153.

programmatici[24] (*programmatische Grundlagen*). Né potrebbe essere diversamente: l'idea sociale espressa dalla costituzione è ancora ben lontana dalla realizzazione; essa è solo la fondazione di un progetto, il cui compimento sarà affidato allo scontro tra gli interessi conflittuali delle diverse forze politiche e sociali. Sinzheimer enuncia così il carattere di costituzione-programma espresso dalla carta di Weimar del 1919.

Ciò vale, in particolar modo, per l'art. 153[25] del progetto elaborato dalla commissione costituzionale, in cui è enunciato il principio della socializzazione.

Carattere programmatico hanno anche gli articoli che pongono i principi di un nuovo diritto del lavoro, non più concepito come appendice dell'ordinamento proprietario, né considerato solo come *Dienstmiete* secondo una concezione giuridica romanistica.

In particolare all'art. 154 si legge: «Il lavoro è posto sotto la speciale protezione del Reich. Il Reich provvede a rendere unitario il diritto del lavoro»[26].

[24] Cfr. l'intervento di H. SINZHEIMER, tenuto il 21 luglio 1919, in *Verhandlungen der verfassunggebenden Deutschen Nationalversammlung*, Bd. 328, p. 1749.

[25] Cfr. l'art. 153 in *Fünfter Abschnitt «Das Wirtschaftsleben»*, cit., p. 27. L'articolo comparirà, modificato con l'aggiunta del comma finale nella costituzione dell'11.8.1919, come art. 156.

[26] Questo articolo, che compare nel progetto di costituzione elaborato dalla commissione costituzionale, corrisponderà immodificato, nel testo finale della costituzione di Weimar, all'art. 157. L'articolo originario, che compariva nel IV progetto di costituzione formulato da H. Preuß presentato il 21 febbraio 1919, recitava semplicemente: «Die Arbeitskraft steht unter dem besonderen Schutze des Reichs» (art. 34); cfr. *Entwurf einer Verfassung des Deutschen Reichs*, in *Verhandlungen der verfassunggebenden Deutschen Nationalversammlung*, Berlin 1920, Bd. 335, Aktenstück Nr. 59, p. 51. La formulazione definitiva venne raggiunta nel dibattito in seno alla commissione costituzionale soprattutto ad opera del deputato socialdemocratico Katzenstein; cfr. *Verhandlungen der verfassunggebenden Deutschen Nationalversammlung*, Bd. 336, p. 388. In realtà, osserva Huber, un diritto del lavoro unitario non poté essere introdotto e soprattutto fallì il progetto di una legge generale sul contratto di lavoro; cfr. E.R. HUBER (ed), *Dokumente*, cit., III, Stuttgart-Berlin-Köln-

Questa tutela si esprime sia attraverso il riconoscimento costituzionale della libertà di coalizione (*Vereinigungsfreiheit*, art. 156)[27] considerata come il mezzo principale per conseguire miglioramenti economici, sia attraverso l'enunciazione del diritto al lavoro e dell'intervento dello Stato in caso di disoccupazione (art. 160)[28].

Sinzheimer ricorda tuttavia che nel progetto di costituzione elaborato dalla commissione costituzione non è stato riconosciuto il diritto di sciopero.

4. *Diritti e costituzione*

I diritti fondamentali vennero inclusi nella seconda parte della costituzione di Weimar del 1919; tuttavia il loro significato costituzionale differiva, giacché essi comprendevano sia diritti che sancivano realtà esistenti, sia diritti che esprimevano invece il progetto della possibile realizzazione di un futuro diverso ordinamento economico e sociale. Forte era dunque il carattere programmatico racchiuso nei diritti fondamentali e assai divergenti furono le interpretazioni che ne fornirono le diverse forze politiche.

Mainz 1966, Bd. 3, p. 152, nota 86. Nel commentare l'art. 157 della costituzione di Weimar, G. Radbruch osserva che, come la proprietà secondo l'art. 153, così anche la forza-lavoro o b b l i g a, nel senso che il suo uso deve parimenti servire al bene comune. Tuttavia Radbruch aggiunge che la tutela della forza-lavoro non è un principio socialista in senso stretto; esso appartiene assai di più ad un interesse capitalistico; cfr. G. RADBRUCH, *Artikel 157, Absatz 1 – Arbeitskraft*, in H.C. NIPPERDEY (ed), *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung*, Berlin 1929-30, III, p. 353.

[27] L'articolo comparirà immodificato nel testo finale della costituzione del 1919 come art. 159. Nel dibattito in sede di commissione costituzionale il socialdemocratico Katzenstein aveva sottolineato il progresso raggiunto dalla nuova formulazione della libertà di coalizione rispetto alla *Gewerbeordnung* del 1869, nella quale esso era ammesso solo per i lavoratori industriali, mentre era escluso per le altre categorie come, ad es., i lavoratori agricoli o i lavoratori statali; cfr. l'intervento di Katzenstein in *Verhandlungen*, Bd. 336, cit., p. 389.

[28] A questo articolo corrisponderà, nella versione finale della costituzione di Weimar, l'art. 163.

Così i conservatori respinsero come illusoria l'ipotesi della creazione di una economia socializzata e ribadirono il significato politico dei tradizionali diritti fondamentali concepiti come diritti di libertà dell'individuo rispetto allo Stato. I conservatori riaffermarono dunque una tradizione che risaliva alla rivoluzione americana e che aveva rappresentato, secondo il giudizio di un loro portavoce, il modello anche per i diritti fondamentali enunciati dalle costituzioni della rivoluzione francese[29]. Il diritto di proprietà venne pertanto risolutamente opposto all'idea di socializzazione. Si tratta indubbiamente di una posizione che lascia intravvedere una ripresa delle tradizionali argomentazioni giusnaturalistiche, ma ora, contrariamente all'età delle rivoluzioni di fine Settecento, in funzione conservatrice.

Anche H. Preuß, il padre della costituzione di Weimar, intervenne, nella seduta del 31 marzo 1919, per chiarire il senso del suo progetto, che era allora in discussione in seno alla commissione costituzionale.

Preuß sottolinea, contro ogni ipotesi giusnaturalistica, il carattere storico dei diritti fondamentali, ma rivendica altresì la validità dei tradizionali diritti di libertà, evidenziando la continuità della sua concezione dei diritti con i diritti fondamentali espressi nel Titolo II della costituzione prussiana del 31 gennaio 1850[30]. Non si tratta dunque, come afferma Naumann, di «pezzi da museo» (*Museumstücke*), bensì di conquiste irreversibili.

Tuttavia Preuß afferma anche che i diritti fondamentali rappresentano le idee guida del futuro sviluppo costituzionale. Con queste premesse egli finisce con l'approvare il progetto presentato da Naumann che, riformulato giuridicamente, rappresenterà il fondamento ispira-

[29] Cfr. l'intervento di Düringer, in *Verhandlungen der verfassunggebenden Deutschen Nationalversammlung*, Bd. 336, p. 181.

[30] Preuß: «Questo Titolo II della costituzione prussiana... è perfetto (*tadellos*)», in *Verhandlungen der verfassunggebenden Deutschen Nationalversammlung*, Bd. 336, Aktenstück Nr. 391, p. 184.

tore dell'ipotesi di un nuovo ordinamento economico e sociale.

La costituzione di Weimar racchiuderà dunque due orientamenti tra loro profondamente diversi, ma non necessariamente contrastanti: la difesa dei tradizionali diritti di libertà e i principi di una economia socializzata. La mancanza di un orientamento unitario[31] caratterizzerà dunque la costituzione di Weimar e sarà una ragione del suo fallimento finale.

Occorre tuttavia andare ancora più a fondo, giacché si tratta di comprendere se nella nuova realtà costituzionale della democrazia muti anche il significato dei tradizionali diritti di libertà. Dalle considerazioni precedenti e, ancor più, dalla successiva esposizione emergerà l'inevitabilità di questa trasformazione.

5. *Diritti e 'Weltanschauungen' politiche*

Si tratta ora di indagare più a fondo le forme nelle quali si è espressa la pluralità degli orientamenti racchiusi nella costituzione di Weimar e, su questa base, delineare i principi e i limiti della democrazia cui essa ha dato vita.

Il dibattito che si svolse tra i giuristi tedeschi nel corso degli anni Venti intorno ai principi della costituzione è ancor oggi ricco di stimoli per una riflessione che affronti il tema del rapporto tra diritti e democrazia.

A. Hensel mette in luce, in un saggio estremamente chiarificatore, le influenze esercitate dalle concezioni dei partiti sul testo della costituzione.

Egli ritiene che i diritti fondamentali siano le componenti dell'ordinamento giuridico che ne pongono le decisioni assiomatiche essenziali (*axiomatische Grundentscheidungen*). Un sistema di diritti dovrebbe riunire le decisioni fonda-

[31] *Ibidem*, p. 185.

mentali in una unità priva di contraddizioni[32]. In realtà la costituzione di Weimar non racchiudeva questa unità e, dunque, il problema consisteva nella definizione delle condizioni di esistenza di una costituzione in cui erano presenti diverse visioni valutative della realtà.

R. Thoma attribuisce l'elaborazione della seconda parte della costituzione, dedicata ai diritti fondamentali, all'opera di una coalizione di partiti composta dai socialdemocratici, dai tedesco-democratici (*Deutschdemokratische Partei*) e dai cattolici del *Zentrum*: in questo senso i principi dei diritti fondamentali gli appaiono «un programma interfrazionale di partiti»[33]. Occorre dunque individuare queste influenze e mettere in luce il modello di democrazia cui hanno dato origine.

Un pieno accordo venne raggiunto dai partiti della coalizione sulla forma istituzionale del *Reich*, i cui principi vennero formulati nella prima parte della costituzione dedicata alla «struttura e funzioni del *Reich*»; al contrario la coalizione si divise sui principi che vennero posti al fondamento dei diritti fondamentali.

La forma istituzionale del *Reich* nella quale «il potere statale emana dal popolo» (art. 1) è manifestamente democratica[34], mentre, a giudizio di Hensel, tra i diritti fondamentali della seconda parte della costituzione, quelli riconducibili a principi democratici sono assai limitati. Così le istituzioni democratiche, attraverso le quali si doveva affermare la volontà

[32] A. HENSEL, *Grundrechte und politische Weltanschauung*, Tübingen 1931, p. 9.

[33] R. Thoma parla di un «interfraktionelles Parteiprogramm» in R. THOMA, *Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der Deutschen Reichsverfassung im allgemeinen*, in H.C. NIPPERDEY, *Die Grundrechte und Grundpflichten*, cit., I, p. 9. Anche C. Schmitt osserva che la seconda parte della costituzione fu solo un programma di compromesso tra le diverse frazioni che, per il suo «carattere misto», non puo essere paragonata con i grandi precedenti: C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione* (1928), Milano 1984, p. 218.

[34] A. HENSEL, *Grundrechte*, cit., p. 27.

politica del popolo tedesco, erano chiamate a dare forma normativa anche a principi non democratici. Emergeva in questo modo una contraddizione insanabile tra le istituzioni e i principi che ne erano al fondamento.

Hensel ravvisa i valori democratici in alcuni articoli nei quali è espresso il principio dell'uguaglianza enunciato all'art. 109 («Tutti i tedeschi sono uguali innanzi alla legge»): sono l'art. 132 (dovere di assumere gli uffici onorari conferiti in conformità alla legge), l'art. 133 (obbligo di adempiere alle prestazioni personali a favore dello Stato e dei comuni imposte dalla legge) e l'art. 134 (obbligo per tutti i cittadini di contribuire, in proporzione ai loro mezzi, alle spese pubbliche)[35].

Ma, accanto a questi articoli che stabiliscono una condizione di uguaglianza per tutti i cittadini, ce ne sono altri che sanciscono invece le esistenti disuguaglianze. Così l'art. 129 riconosce lo status particolare del *Beamtentum*, mentre gli articoli aventi un contenuto sociale (dal 157 che assicura la protezione del *Reich* nei confronti della forza-lavoro, al 164 che mira a promuovere lo sviluppo della classe media) introducono una serie di tutele particolari che spezzano il popolo in ceti diversi e in classi professionali[36].

Quale fu dunque la soluzione adottata dalla costituzione di

[35] Altri articoli in cui è enunciata l'idea di uguaglianza sono quelli – enumerati nel Capo I della costituzione dedicato alle «persone singole» – che garantiscono a tutti i tedeschi la sicurezza di una certa condizione rispetto all'amministrazione: art. 110 sul diritto di cittadinanza, che garantisce che «ogni cittadino di un *Land* è contemporaneamente cittadino del *Reich*»; art. 111 sulla libertà di circolazione; art. 112 sulla possibilità di trasferirsi all'estero; art. 115 sulla inviolabilità della abitazione; art. 118 sulla libertà di opinione ecc. Lo stesso principio di uguaglianza è ribadito in altri articoli che compaiono nel Capo II dedicato alla «vita collettiva»: così, ad es., l'art. 119 sull'uguaglianza dei due sessi e l'art. 121 che assicura uguali garanzie ai figli illegittimi e a quelli legittimi.

[36] Hensel menziona anche altri articoli nei quali viene tutelata una condizione di disuguaglianza: l'art. 119 che garantisce una adeguata assistenza alle famiglie numerose e l'art. 122 che mira alla tutela dei giovani contro lo sfruttamento e l'abbandono «morale, spirituale e corporeo»; cfr. A. HENSEL, *Grundrechte*, cit., p. 19.

Weimar? L'ideale di una democrazia concepita come superamento delle disuguaglianze sembrerebbe emergere, secondo Hensel, dall'interpretazione del Capo IV della costituzione dedicato alla «educazione ed istruzione», in cui si può intravvedere, a suo giudizio, la concezione di una democrazia pedagogica (*pädagogische Demokratie*) capace di «sviluppare la formazione morale, il sentimento civico, la virtù privata ed il valore professionale» (art. 148) e dunque di formare dei cittadini educati alla capacità di decidere. Questa funzione pedagogica della scuola tedesca sembrerebbe pertanto rappresentare il presupposto di una democrazia in cui trovi espressione una rousseauviana volontà generale.

Ma non è questo ideale di democrazia ad imporsi, secondo Hensel, nella costituzione di Weimar. Al contrario ciò che viene garantito a tutti i tedeschi non è l'uguaglianza, bensì la libertà e, in questo senso, egli interpreta anche gli articoli dedicati alla vita economica dove prevarrebbero, a suo giudizio, i principi del liberalismo[37] contro ogni ipotesi di socializzazione e contro i rischi di una democrazia intesa come sostanziale omogeneità, come trasformazione del disuguale nell'uguale, come negazione delle differenze. Questo giudizio viene condiviso anche da C. Schmitt[38], F. Stier-Somlo[39] e G. Anschütz[40].

È certamente evidente l'influenza dei socialdemocratici sulla costituzione, in particolar modo sull'art. 156 (che formula l'ipotesi di una «economia socializzata») e sull'art. 165 che, come abbiamo già osservato, prevedeva la creazione di un sistema di consigli. Nondimeno è assai diverso il caso di un

[37] *Ibidem*, p. 25.

[38] C. SCHMITT, *Die Grundrechte und Grundpflichten des deutschen Volks*, in G. ANSCHÜTZ-R. THOMA, *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, Tübingen 1932, p. 583.

[39] F. STIER-SOMLO, *Gleichheit vor dem Gesetz*, in H.C. NIPPERDEY, *Die Grundrechte und Grunpflichten*, cit., I, p. 170.

[40] G. ANSCHÜTZ, *Die Verfassung des Deutschen Reichs* (1933), Bad Homburg 1960[14], p. 513.

ordinamento giuridico liberale, che si limiti ad ammettere il riconoscimento di istanze sociali, dalla realtà di uno Stato socialista che realizzi istituzionalmente il proprio programma. Weimar ha realizzato, secondo Hensel, la prima ipotesi dando vita ad una sorta di «liberalismo sociale»[41].

6. *Diritti e antropologia giuridica: la democrazia come contrasto tra diritti*

Le precedenti riflessioni lasciano intravvedere un conflitto tra le «visioni del mondo» che erano al fondamento della costituzione di Weimar e che si esprimevano nei differenti diritti: alla visione individualistica liberale si contrapponeva l'ipotesi di una realtà socializzata nella prospettiva dei socialdemocratici. Si tratta ora di analizzare come la dottrina abbia interpretato la compresenza di quei diversi diritti.

G. Anschütz interpreta, alla stregua di G. Jellinek, i diritti fondamentali come diritti pubblici soggettivi[42] e ritiene che essi siano non una conseguenza della appartenenza allo Stato (*Staatsangehörigkeit*), bensì della personalità e che regolino, come norme giuridiche oggettive (*objektive Rechtsnormen*), non tanto il rapporto tra Stato e

[41] A. HENSEL, *Grundrechte*, cit., p. 33.

[42] Continua, anche durante l'età di Weimar, lo sviluppo della dottrina dei diritti pubblici soggettivi: cfr., ad es., L. RICHTER, *Das subjektive öffentliche Recht* (1925), in «Archiv des öffentlichen Rechts», 47, 1975; O. BÜHLER, *Zur Theorie des subjektiven öffentlichen Rechts*, in *Festgabe für Fritz Fleiner zum 60. Geburtstag, 24. Januar 1927*, Tübingen 1927; R. THOMA, *Das System der subjektiven öffentlichen Rechte und Pflichten*, in G. ANSCHÜTZ-R. THOMA (edd), *Handbuch*, cit. Richter individua il carattere precipuo dei diritti pubblici soggettivi nella loro natura di «permesso» accordato dall'ordinamento giuridico oggettivo. Thoma riprende sostanzialmente la classificazione di G. Jellinek. Ritengo tuttavia che la concezione dei diritti pubblici soggettivi appartenga ancora alla dottrina dello Stato di diritto, caratterizzata dal principio della sovranità dello Stato e della sua superiorità rispetto all'ordinamento giuridico, e sia del tutto inadeguata ad interpretare il mutamento di significato dei diritti nella nuova realtà costituzionale della democrazia, in cui si afferma la centralità dell'ordinamento giuridico, anche rispetto allo Stato.

cittadino, quanto piuttosto tra Stato e individuo. In questo senso essi hanno una chiara connotazione di tipo i n d i v i d u a l i s t i c o[43], anche se molti diritti fondamentali sono formulati in senso apparentemente nazionalistico, ossia come diritti dei «tedeschi». Ciò significa, secondo Anschütz, che non vi debbono essere distinzioni tra stranieri e cittadini tedeschi, a meno che non si tratti di articoli che riguardino prestazioni personali del cittadino a favore dello Stato, oppure di articoli come il 112 che, ammettendo il diritto di trasferirsi all'estero, riguarda ovviamente solo i tedeschi.

L'interpretazione in senso individualistico dei diritti fondamentali induce Anschütz a respingere la concezione dei diritti formulata dai socialdemocratici nella prospettiva del «pensiero sociale». Anche i limiti imposti alla libertà individuale per assicurarne la funzione sociale erano già stati concepiti e introdotti, a suo giudizio, durante l'età guglielmina e non rappresentano, pertanto, alcuna innovazione rispetto alla tradizionale concezione individualistica dei diritti.

Le tesi di Anschütz corrispondono alle interpretazioni dottrinarie dominanti, che considerano la seconda parte della costituzione dedicata ai «diritti e i doveri fondamentali dei tedeschi» come un riconoscimento, da parte del costituente, dei vecchi principi dello Stato di diritto e della dottrina liberale dei diritti di libertà[44].

Carl Schmitt condivide la prospettiva «individualistica» di Anschütz, sia pure sulla base di una diversa fondazione: egli ripropone infatti una interpretazione sostanzialmente g i u s n a t u r a l i s t i c a dei diritti, respingendone la successiva trasformazione in senso giuspositivistico, che si era imposta nel corso dell'Ottocento all'interno della dottrina dello Stato di diritto.

[43] G. ANSCHÜTZ, *Die Verfassung*, cit., p. 513.

[44] Cfr. F. NEUMANN, *Libertà di coalizione e costituzione. La posizione dei sindacati nel sistema costituzionale* (1932), in *Il diritto del lavoro fra democrazia e dittatura*, Bologna 1983, pp. 185-186. Neumann cita in proposito Smend, Schmitt, Anschütz e Hensel.

Per Schmitt infatti i diritti fondamentali non sono concessi all'individuo, bensì essi sono semplicemente r i c o n o s c i u t i, giacché si pongono al di sopra dello Stato come «diritti anteriori e superiori rispetto alle leggi dello Stato»[45].

La seconda parte della costituzione dedicata ai «diritti e i doveri fondamentali dei tedeschi» ha il carattere di un compromesso[46], giacché racchiude diverse visioni interpretative della realtà; ma una decisione a favore dello Stato liberale di diritto e, dunque, della interpretazione individualistica è stata fornita, a giudizio di Schmitt, dalla prassi del diritto

[45] C. SCHMITT, *Die Grundrechte*, cit., p. 580. Schmitt cita, a conferma della sua intepretazione, il preambolo della costituzione francese del 4 novembre 1848, III là dove si legge: «droits antérieurs et supérieurs aux lois positives». Schmitt ribadisce il carattere individualistico dei diritti fondamentali ed esclude pertanto, dal novero dei diritti, i d i r i t t i s o c i a l i, come il diritto al lavoro (art. 163) e all'assistenza sociale (art. 119); i d i r i t t i d e l s i n g o l o in collegamento con altri (come la libertà di stampa, di adunanza, di culto ecc.) quando conducono a coalizioni perché, in tal caso, si porrebbero su di un livello politico e non sarebbero più diritti individuali, e i d i r i t t i d e m o c r a t i c i perché presuppongono non l'uomo, ma il cittadino che vive nello Stato; cfr. C. SCHMITT, *Dottrina*, cit., p. 226. Inoltre Schmitt non considera diritti individuali le g a r a n z i e i s t i t u z i o n a l i: il diritto di autoamministrazione dei comuni (art. 127) e le disposizioni della costituzione di Weimar sullo stato giuridico degli impiegati pubblici (art. 130): la caratteristica delle istituzioni è il fatto che esistono d e n t r o lo Stato e non prima o al di sopra di esso; cfr. C. SCHMITT, *Dottrina*, cit., p. 232. Il diritto individuale presuppone invece, a giudizio di Schmitt, il singolo con la sua sfera di libertà illimitata. La classificazione introdotta da Schmitt comporta delle implicazioni anche sul piano delle g a r a n z i e dei diritti. Egli precisa infatti che i diritti fondamentali, che fanno parte della sostanza della costituzione, possono essere modificati da una normativa costituzionale, ma è escluso un loro totale annullamento, anche se ciò avvenisse in forza di una legge emanata conformemente all'art. 76 relativo ai procedimenti di revisione costituzionale. La tesi di Schmitt serviva sostanzialmente a ribadire l'immodificabilità dei soli diritti fondamentali della tradizione liberale, ossia dei diritti individuali di libertà.

[46] Schmitt dichiara di condividere l'interpretazione della costituzione come compromesso formulata da Kirchheimer e da Tatarin-Tarneyden: cfr. O. KIRCHHEIMER, *Analisi di una costituzione. Weimar. E poi?* (1930), in *Costituzione senza sovrano*, Bari 1982, p. 82 e E. TATARIN-TARNEYDEN, *Berufsverbände und Wirtschaftsdemokratie*, 1930, p. 13.

(*Rechtspraxis*)[47]. In questo senso egli cita una sentenza del tribunale del lavoro, che aveva interpretato in senso individualistico e non collettivistico anche gli articoli 159 (sulla libertà di coalizione) e 165 (sui consigli).

Ben diversa la visione espressa dai socialdemocratici, soprattutto ad opera di H. Sinzheimer. Egli mette in luce la nuova concezione dell'uomo che si è posta al fondamento del diritto in opposizione alla interpretazione individualistica dei diritti. Sinzheimer delinea infatti con chiarezza il contrasto tra una visione del diritto che concepisce l'uomo come persona e come capacità giuridica, ossia come capacità di avere diritti, e una diversa interpretazione che lo considera anche come realtà sociale (*soziales Wesen*)[48].

La capacità giuridica è una capacità astratta; essa implica solo il fatto che ogni uomo può disporre di un proprio ambito giuridico (*Rechtsbereich*), se vengono soddisfatte le condizioni che il diritto pone per il possesso di diritti. Ma il singolo non è solo una realtà isolata, bensì anche portatore di forze sociali (*Träger gesellschaftlicher Kräfte*).

Questa nuova concezione è quella espressa dal diritto sociale, che vuole assicurare la capacità di esistere anche quando non vi è nessuna proprietà[49]. Il nuovo diritto riconosce dei diritti di ripartizione del prodotto sociale che non derivano dalla proprietà, ma dal solo fatto di essere uomini (*Menschsein*). Emerge così un nuovo principio giuridico che è quello dell'«umanità» (*Menschentum*): esso è un nuovo diritto fondamentale dell'uomo[50].

Appare con evidenza il contrasto tra le due prospettive

[47] C. SCHMITT, *Die Grundrechte*, cit., p. 584. Inaccettabile mi appare comunque l'attribuzione alla dottrina dello Stato di diritto dell'interpretazione giusnaturalistica dei diritti fondamentali proposta da Schmitt.

[48] H. SINZHEIMER, *Der Wandel im Weltbild der Juristen*, in «Zeitschrift für soziales Recht», I, 1928, Nr. 1, p. 2.

[49] «Das neue Recht will die Existenzfähigkeit sichern, auch wenn kein Eigentum besteht», *ibidem*, p. 3.

[50] *Ibidem*, p. 4.

antropologiche della visione liberale-conservatrice e di quella socialdemocratica: da una parte, l'individuo viene considerato nell'isolamento della sua condizione portatrice di diritti garantiti o concessi dallo Stato; dall'altra, l'individuo viene invece concepito come componente di una realtà sociale alla quale partecipa in quanto portatore di una umanità (*Menschentum*), che fonda il suo diritto ad una ripartizione delle risorse comuni.

Nello sviluppo del diritto della sua epoca, Sinzheimer rileva una crescente spersonalizzazione (*Entpersönlichung*) dei diritti individuali dell'uomo, che si manifesta in primo luogo come collettivizzazione (*Kollektivierung*) ed oggettivazione (*Objektivierung*) del volere. Ciò appare chiaramente in quell'espressione del diritto collettivo che è il diritto delle tariffe lavorative (*Arbeitstarifrecht*), o nel fatto che i diritti del lavoratore non sono più legati al contratto di lavoro, ma derivano dall'appartenenza all'impresa. Nel nuovo diritto trova espressione questa modificazione della «personalità attraverso le cose», afferma Sinzheimer citando O. von Gierke[51].

Il diritto sociale esprime dunque, a suo giudizio, un nuovo diritto comune (*Gemeinrecht*) degli uomini, in virtù del quale l'individuo appare portatore di un volere comune.

Weimar rappresenta così un modello di democrazia nella quale si confrontano aspramente differenti concezioni del diritto che attribuiscono all'individuo diritti diversi, ed esprime pertanto un modello di democrazia intesa come contrasto tra diritti.

Come abbiamo visto, alcuni autori hanno sostenuto la continuità con la precedente tradizione dottrinaria (Anschütz, Schmitt), altri hanno invece enunciato la nascita di un diritto sociale che limita l'ambito dei diritti di libertà. Si tratta ora di affrontare quei contributi dottrinari che hanno principalmente sottolineato il mutamento di significato dei diritti fondamentali.

[51] *Ibidem*. Cfr. O. von Gierke, *Das deutsche Genossenschaftsrecht* (1873), Graz 1954, II, p. 67.

7. *Weimar: la democrazia come conflitto tra valori*

Secondo Leibholz, nella costituzione di Weimar il contenuto dei diritti fondamentali era mutato profondamente rispetto alla precedente tradizione storico-costituzionale.

Nella costituzione prussiana del 1850 i diritti fondamentali presupponevano una «fondazione borghese dello Stato» e implicavano – afferma Leibholz, che riporta testualmente le parole di R. Smend – il senso di «una obbligazione etica da parte dell'individuo rispetto alla totalità»[52].

Oestreich sottolinea come il catalogo dei diritti elaborato dalla assemblea di Francoforte corrispondesse alle concezioni generali del liberalismo[53].

La costituzione del 5 dicembre 1848 introdusse i diritti fondamentali nei 40 articoli del Titolo II[54], e questo catalogo rimase sostanzialmente immutato anche nella costituzione del 31 gennaio 1850[55].

Il progetto, che era stato elaborato nel giugno del 1848 dalla commissione costituzionale per il parlamento di Francoforte, aveva enunciato apertamente i principi dello Stato di diritto per avviare il superamento dello Stato di polizia. Essi erano chiaramente affermati: la libertà di opinione e di coscienza, e il libero esercizio del culto religioso (art. III); la libertà della scienza e del suo insegnamento (art. IV); la libertà di riunione e di associazione (art. VI); l'inviolabilità

[52] G. LEIBHOLZ, *Die Auflösung der liberalen Demokratie in Deutschland und das autoritäre Staatsbild*, München-Leipzig 1933, p. 24. Il riferimento è a R. SMEND, *Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht* (1933), in *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Zweite, erweiterte Auflage, Berlin 1968, p. 318.

[53] G. OESTREICH, *Die Entwicklung der Menschenrechte und Grundfreiheiten*, in K.A. BETTERMANN-F.L. NEUMANN-H.C. NIPPERDEY (edd), *Die Grundrechte*, Berlin 1966, pp. 81 ss.

[54] E.R. HUBER, (ed), *Dokumente*, cit., pp. 484-487.

[55] Cfr. F. STOERK, *Handbuch der Deutschen Verfassungen*, Leipzig 1884, pp. 44 ss.

della proprietà e l'obbligo del risarcimento in caso di esproprio (art. VII).

L'art. II enunciava inoltre il principio dell'uguaglianza giuridica (ossia dell'uguaglianza dinanzi alla legge), che escludeva ogni privilegio di ceto[56].

L'assemblea nazionale di Francoforte affermò dunque lo scopo borghese di elevare la «personalità, attraverso lo Stato, alla libertà», come aveva affermato Droysen[57]. Essa proclamò dei diritti fondamentali che racchiudevano i nuovi principi dello Stato di diritto nazionale e, superando la precedente visione giusnaturalistica dei diritti, impose la concezione liberale dell'individuo come persona giuridica, e della sua autonoma sfera d'azione garantita dallo Stato.

In età bismarckiana i diritti fondamentali, che non comparivano nel testo della costituzione del 1871, vennero introdotti con norme di legge. Essi trovavano pertanto il loro fondamento nella legge e non nella costituzione, ed erano espressione di garanzie concesse dallo Stato.

Dopo la crisi dell'Impero, la costituzione di Weimar riconobbe nuovamente i diritti fondamentali, ma essa, scriveva Leibholz, racchiudeva molto di più e di altro dei diritti di libertà liberali, ossia principi giuridici generali, diverse garanzie di natura istituzionale (*Gewährleistungen institutioneller Natur*) e un codice di doveri fondamentali, che con il sistema dei diritti fondamentali non avevano nulla in comune[58].

Ma anche i diritti di libertà della tradizione liberale presenti nella costituzione del 1919 non potevano più essere interpretati nel senso del liberalismo classico e dello «status negativus» o «status libertatis». Infatti erano profondamente mutate le concezioni sulla possibilità di intervento dello Sta-

[56] Cfr. G. DROYSEN (ed), *Die Verhandlungen des Verfassungs-Ausschusses der deutschen Nationalversammlung*, Erster Theil, Leipzig 1849, pp. 374 ss.

[57] Cfr. il riferimento in G. OESTREICH, *Die Entwicklung*, cit., p. 83.

[58] G. LEIBHOLZ, *Die Auflösung*, cit., p. 25.

to nella sfera individuale della personalità, che era stata considerata inviolabile dalla dottrina dello Stato di diritto. Le modalità dell'intervento statale non apparivano più delle eccezioni, ma delle normali delimitazioni, che assicuravano il primato dell'unità nazionale (*nationale Einheit*) rispetto ai diritti di libertà.

Sulla base delle nuove relazioni, che si erano così instaurate, tra libertà individuale e intervento statale, si era potuto concepire come «socialista» il sistema dei diritti fondamentali (Neumann)[59], oppure, afferma ancora Leibholz[60], si era voluto vedere in questi diritti, in particolare nella proprietà, non più diritti di libertà, bensì solo istituti[61] giuridici (*Rechtsinstitute*) regolati dallo Stato (Huber[62], Hensel[63]).

Infine, conclude Leibholz che fa un esplicito riferimento a R. Smend[64], è possibile interpretare i diritti come un sistema di beni culturali (*Kulturgüter*), nei quali la costituzione trova il suo contenuto materiale e la sua legittimità sostanziale. In questa concezione i diritti fondamentali, come simboli della tradizione culturale tedesca, racchiudono un sistema di valori che costituiscono il fondamento di una possibile unità politica[65].

59 F. NEUMANN, *Die Arbeit*, 1930, p. 564.

60 G. LEIBHOLZ, *Die Auflösung*, cit., p. 26.

61 Secondo la teoria istituzionalistica dei diritti fondamentali, la libertà viene orientata verso scopi precisi, ossia verso la realizzazione del *senso istituzionale oggettivato* delle garanzie di libertà; cfr. E.W. BÖCKENFÖRDE, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation*, in *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, Frankfurt a.M. 1976, p. 230. Böckenförde distingue: a) la teoria liberale, b) la teoria istituzionalistica, c) la teoria valutativa, d) la teoria democratico-funzionale dei diritti fondamentali e, infine, e) la teoria dei diritti fondamentali nello Stato sociale; *ibidem*, pp. 224-240.

62 E.R. HUBER, *Bedeutungswandel der Grundrechte*, in «Archiv des öffentlichen Rechts» (1933), 62, 1975, p. 40.

63 A. HENSEL, *Grundrechte*, cit., p. 29.

64 R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, München-Leipzig 1928, pp. 163 ss.

65 In questo senso Leibholz respinge le tesi di Schmitt, che vede nei diritti fondamentali una realtà giuridica inviolabile e prestatale; cfr. G. LEIBHOLZ, *Die Auflösung*, cit., p. 28.

Anche E.R. Huber sottolinea la novità rappresentata dalla costituzione di Weimar, affermando che il mutamento di significato dei diritti fondamentali in essa racchiusi è una diretta conseguenza della affermazione di uno Stato popolare democratico (*der demokratische Volksstaat*)[66]. Esso è caratterizzato da vasti processi di partecipazione favoriti, ad es., dal diritto elettorale generale e dalla introduzione di obblighi comuni, come il servizio militare obbligatorio, che hanno imposto l'idea che lo Stato non è un potere estraneo, bensì che esso rappresenta piuttosto il popolo stesso assunto nella sua unità politica[67].

Nella nuova realtà costituzionale i diritti fondamentali non possono più essere considerati come espressione di una concezione liberale dello Stato; essi appartengono piuttosto all'individuo concepito come parte della totalità della vita pubblica. I diritti fondamentali – afferma Huber a differenza di Anschütz – non sono più, nella democrazia di Weimar, dei diritti dell'uomo, intesi in senso individualistico, che spettano sia ai cittadini dello Stato che agli stranieri. Essi sono piuttosto dei diritti nazionali che appartengono ai tedeschi[68].

In breve: si possiedono i diritti fondamentali solo in quanto si è parte della comunità nazionale. I diritti fondamentali non esprimono più le libertà individuali della personalità, bensì sono diventati principi dell'ordinamento (*Ordnungsprinzipien*) dello Stato popolare democratico; da diritti di difesa dell'individuo rispetto allo Stato si sono trasformati in elementi di costruzione dello Stato[69].

In questo senso Huber dichiara apertamente di condividere le tesi formulate da R. Smend, che aveva interpretato i diritti fondamentali come espressione dei valori culturali sul cui fondamento il popolo deve formarsi come unità poli-

[66] E.R. HUBER, *Bedeutungswandel*, cit., p. 83.

[67] *Ibidem*, p. 84.

[68] *Ibidem*, p. 82.

[69] *Ibidem*, p. 84.

tica[70]. In realtà le tesi di Huber e di Smend appaiono assai discutibili e difficilmente accettabili. I valori che erano al fondamento della comunità politica non erano condivisi unitariamente nella democrazia di Weimar e non lo sono, più in generale, in una democrazia pluralistica.

Altri autori legati alla socialdemocrazia come, ad es. F. Neumann, condividevano il giudizio sul mutamento di significato dei diritti avvenuto con l'affermazione della democrazia, ma interpretavano questa trasformazione in modo profondamente diverso. Neumann affermava infatti che alla concezione dei diritti fondamentali, intesi come difesa della libertà del singolo contro l'autorità dello Stato, era stata sostituita la concezione dei diritti come fondamento della integrazione della società nello Stato. Si trattava, a suo giudizio, di una integrazione, non individuale, bensì collettiva[71], che poteva realizzarsi attraverso il libero confronto tra le differenti posizioni valutative espresse dalle diverse realtà associative.

L'ipotesi di una comunità politica costruita sul fondamento di valori comuni appartiene, invece, alla prospettiva di un pensiero organicistico che non è difficile rintracciare nell'opera di Huber e di Smend[72]. Ma la realtà costituzionale di

[70] R. Smend aveva espresso queste tesi in occasione dell'incontro dei giuspubblicisti tedeschi svoltosi a München il 24 e 25 marzo 1927: cfr. R. SMEND, *Das Recht der freien Meinungäußerung* (1927), (Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 4), Berlin-Leipzig 1928, pp. 44-73, e successivamente nel fondamentale lavoro R. SMEND, *Verfassung*, cit. Sull'opera di Smend si veda G. GOZZI, *Modelli politici e questione sociale in Italia e in Germania fra Otto e Novecento*, Bologna 1988, in particolare il cap. VI. Böckenförde osserva che le concezioni di Smend e di Huber evidenziavano il contenuto *giuridico oggettivo* dei diritti fondamentali, ma che esse non riuscirono ad imporsi. Durante l'età di Weimar la concezione dominante rimase ancora quella formulata da Anschütz; cfr. E.W. BÖCKENFÖRDE, *Grundrechte als Grundsatznormen*, in «Der Staat», 29, 1990, 1, p. 2, nota 5. Ritengo tuttavia che essa non fosse adeguata ad interpretare il mutamento di significato dei diritti fondamentali nella realtà costituzionale della democrazia.

[71] F. NEUMANN, *Libertà di coalizione*, cit., p. 158.

[72] Occorre tuttavia distinguere le posizioni di Huber, che appartengono alla tradizione del conservatorismo, dalle tesi di Smend che sono state

Weimar esprime piuttosto il modello di una democrazia intesa come conflitto tra valori e il problema teorico che essa ci consegna è quello delle condizioni di possibilità di una comunità politica divisa dal contrasto tra diritti e dal conflitto tra valori.

Essa avrebbe potuto reggersi non sulla base della accettazione di valori comuni, bensì solo sulla base di condizioni comunemente condivise che permettessero l'esistenza di quella realtà conflittuale. Ma esistevano queste condizioni comuni e, se esistevano, quali ragioni ne determinarono la crisi?

8. *Democrazia e diritti. Cittadinanza e uguaglianza: oltre Rousseau*

Scrive Thoma che la costituzione del 1919 aveva determinato la democrazia di Weimar attraverso i diritti fondamentali, ma che l'aveva posta al servizio di scopi in parte conservatori, in parte progressivi.

Tuttavia R. Thoma osserva anche che la commissione costituzionale, che aveva avuto il compito di elaborare la legge fondamentale della democrazia aveva concepito il popolo come cittadinanza omogenea[73] senza privilegi di ceto o di ricchezza. Il popolo, ribadisce Thoma, deve essere concepito come una libera cittadinanza capace di formare da sé la vita nazionale nella libertà politica di pensiero, di stampa, di confessione religiosa ecc. Tra la coesistenza di

invece interpretate anche come espressione di una teoria democratica: in proposito cfr. G. LEIBHOLZ-R. SMEND, in *In Memoriam Rudolf Smend. Gedenkfeier am 17. Januar 1976 in der Aula der Universität Göttingen mit einer Gedenkrede von G. Leibholz und Gedenkworten von Gerhard Gottschalk und André Pirson*, Göttingen 1976, p. 28. Analogo giudizio avevo espresso sull'opera di Smend in G. GOZZI, *Modelli*, cit., soprattutto pp. 330-337. In realtà le considerazioni formulate nel testo mi inducono ora a ritenere che l'opera di questo autore racchiuda una visione organicistica della politica, piuttosto che l'ipotesi di una teoria democratica.

[73] R. THOMA, *Die juristische Bedeutung*, cit., p. 8.

finalità conservatrici e progressive, da una parte, e la concezione del popolo come cittadinaza omogenea, dall'altra, si svolse tutta la tensione politica interna della democrazia di Weimar.

L'idea di una cittadinanza omogenea rinvia al problema dell'uguaglianza come questione fondamentale della democrazia. L'art. 109 recita nei primi due commi: «Tutti i tedeschi sono uguali innanzi alla legge. Uomini e donne hanno di regola gli stessi diritti e doveri civici». Il problema dell'uguaglianza è sotteso, secondo Thoma, ad ogni riflessione sui diritti di libertà. Tutte le garanzie di libertà, sia che pongano la libertà sotto la protezione della costituzione, o che la pongano solo sotto la protezione della legge, o che fissino per i diritti dei limiti esterni (che Thoma definisce «garanzie istituzionali» – *Institutsgarantien*[74]), o che si esprimano in un rafforzamento del principio di legalità dell'amministrazione, sono sempre intese in modo da spettare ad ognuno, o almeno ad ogni tedesco (con l'eccezione dell'art. 113 che riguarda la popolazione alloglotta del *Reich*). Pertanto i diritti fondamentali di libertà sono strettamente connessi con il diritto fondamentale dell'uguaglianza[75].

Anche sul tema dell'uguaglianza si scontrano posizioni radicalmente antitetiche. Così F. Neumann, socialdemocratico, rileva che sono possibili due interpretazioni del principio di uguaglianza: una in senso negativo, che sostiene l'uguaglianza formale dinanzi alla legge e una in senso positivo, che consiste nel porre le garanzie delle possibilità di accesso ai beni della collettività. La prima interpretazione appartiene al pensiero liberale[76], la seconda appartiene invece alla prospettiva socialdemocratica.

[74] Ad es. nell'art. 152 e nell'art. 153 che stabiliscono, rispettivamente, che la libertà contrattuale e la proprietà siano regolate in conformità alle disposizioni della legge.

[75] *Ibidem*, p. 22.

[76] Un esempio di questa concezione si può riscontrare nella relazione tenuta da E. Kaufmann in occasione della riunione dei giuspubblicisti tedeschi svoltasi a Münster il 29 e 30 marzo 1926; cfr. E. KAUFMANN, *Die*

Colpisce il fatto che nel dibattito dottrinario di Weimar l'idea di democrazia, con cui polemizza il fronte liberal-conservatore, sia ancora quella di J.J. Rousseau. Carl Schmitt, ad es., assume proprio la dottrina rousseauviana come bersaglio polemico quando critica la democrazia come identità tra governanti e governati. In questa identità che si risolve, secondo Schmitt, in una negazione della rappresentanza e della separazione dei poteri, egli vede l'opposizione tra democrazia e Stato di diritto e la quasi inevitabile convergenza della forma di Stato democratica con la dittatura[77].

È da parte socialdemocratica che si assiste invece ad una elaborazione dell'idea di democrazia che, facendo riferimento alla realtà costituzionale-materiale del XX secolo, procede apertamente oltre Rousseau.

Così F. Neumann riprende indubbiamente la definizione rousseauviana di democrazia, quando dichiara che in una democrazia l'individuo che entra nella società rinuncia a tutti i diritti, ossia non conserva alcun diritto di libertà, ma adatta questa definizione alla nuova realtà delle forme associative che organizzano la vita degli individui quando afferma: «L'individuo rinuncia ad una parte della sua libertà, la cede alla coalizione che gliela restituisce come nuova libertà collettiva»[78].

La libertà individuale non può prescindere dal suo dispie-

Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Rechsverfassung (Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 3), Berlin-Leipzig 1927, p. 17. Kaufmann afferma che il principio di uguaglianza indica che l'ordinamento giuridico non deve essere differenziato secondo ceti, classi, confessioni. Esso enuncia la legittimità dell'idea di una borghesia omogenea: è l'idea di una legittimità liberale – commenta Kaufmann – ben distinta da quella socialista che postula gli uguali presupposti materiali per tutti. La prima rivendica solo l'uguaglianza delle possibilità per tutti.

[77] C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, cit., p. 310. Schmitt scrive queste inaccettabili conclusioni: «Una dittatura è possibile solo su un fondamento democratico, mentre è in contraddizione con i principi dello Stato di diritto liberale».

[78] F. NEUMANN, *Libertà di coalizione*, cit., p. 158.

garsi all'interno delle realtà associative, che rappresentano le forme organizzative della costituzione sociale e che sono le modalità attraverso le quali è possibile realizzare l'uguaglianza in senso positivo, ossia «quella omogeneità sociale che – commenta Neumann – è il sostrato di ogni vera democrazia»[79]. L'omogeneità sociale è, dunque, la condizione di esistenza di ogni «vera» democrazia; ma essa è, al tempo stesso, lo scopo che deve essere faticosamente conseguito: quando essa non è ancora realizzata, vi sarà sempre un gruppo sociale che richiederà per sé la libertà rispetto allo Stato[80]. In questa prospettiva, i diritti di libertà esprimono le necessarie garanzie nei confronti delle minoranze.

L'articolo 109 della costituzione di Weimar, che esprimeva il principio di uguaglianza, racchiudeva un precetto rivolto al legislatore; nullo sarrebbe stato il suo significato – afferma Neumann – se esso fosse stato concepito come un precetto rivolto al solo potere esecutivo affinché applicasse le leggi senza fare differenze tra i singoli soggetti. Intenderlo, invece, come norma rivolta al legislatore significava concepirlo come principio programmatico per la realizzazione di una uguaglianza in senso positivo, ossia come garanzia di accesso ai beni della collettività.

Altri autori, come ad es. Nawiasky, non ravvisano nell'art. 109 alcun carattere programmatico, bensì solo la prescrizione per il legislatore di non emanare alcuna legge che produca come effetto una distinzione tra gli individui sulla base della loro appartenenza a determinati gruppi sociali[81]. Di-

[79] *Ibidem*, p. 154.

[80] *Ibidem*.

[81] H. NAWIASKY, *Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichverfassung* (Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 3), Berlin-Leipzig 1927, p. 40. Carattere programmatico per la realizzazione di una uguaglianza in senso materiale hanno invece, secondo Nawiasky, altri articoli che riguardano la vita economica: l'art. 151 sull'ordinamento della vita economica, l'art. 155 sul diritto di ogni tedesco ad una abitazione sana, l'art. 163 che attribuisce ad ogni tedesco il diritto al lavoro ecc.; *ibidem*, p. 32.

verse sono dunque le accezioni che vengono attribuite all'idea di uguaglianza.

Come abbiamo visto, uguaglianza significa, per Neumann, omogeneità sociale; per Nawiasky, che interviene in occasione del dibattito sul tema dell'uguaglianza svoltosi tra i giuspubblicisti tedeschi nel marzo del 1926, essa corrisponde all'uguale trattamento di realtà uguali[82].

R. Thoma, che critica le tesi di Nawiasky, riconduce invece l'uguaglianza ad una uguale garanzia di libertà per tutti i tedeschi da parte del potere giudiziario e amministrativo[83].

E. Kaufmann infine identifica il problema dell'uguaglianza con quello della giustizia e lo riconduce, in una prospettiva giusnaturalistica, all'applicazione da parte del legislatore e del giudice di un alto ordinamento oggettivo del quale tutti abbiamo coscienza[84].

Sul problema della giustizia intervenne anche G. Leibholz, che lo discusse affrontandolo come problema dell'uguaglianza: se l'uguale viene trattato in modo uguale e il disuguale in modo disuguale, ciò rappresenta la realizzazione dell'idea di giustizia[85]. Che cosa sia uguale e che cosa disuguale viene deciso dalla libera discrezionalità (*freies Ermessen*) dei corpi parlamentari[86].

Ora l'art. 109, comma 1 – che Leibholz concepisce come garanzia di uguaglianza non solo per i tedeschi, ma anche per gli stranieri e, dunque, non in senso nazionalistico, bensì individualistico[87] – pone un'idea di uguaglianza che deve

[82] *Ibidem*, p. 40.

[83] R. THOMA, *Die juristische Bedeutung*, cit., pp. 22-23.

[84] E. KAUFMANN, *Die Gleichheit*, cit., p. 11.

[85] G. LEIBHOLZ, *Begründet der in den verschiedenen Verfassungen ausgesprochene Grundsatz der Gleichheit aller vor dem Gesetze durchsetzbares subjektives Recht?* (1931), in *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, München-Berlin 1959², p. 232.

[86] *Ibidem*, p. 237.

[87] *Ibidem*, p. 86. In proposito Leibholz cita con approvazione le tesi di

essere concepita come *trattamento non arbitrario degli individui*.

Il principio di uguaglianza, così come i diritti di libertà, ha dunque un contenuto negativo, giacché implica il divieto di un trattamento arbitrario degli individui da parte del legislatore e, in particolare, un divieto di violazione dell'uguaglianza che sarebbe *contraria al diritto*. L'arbitrio si riscontra, secondo Leibholz, quando non si rinvenga *un fondamento ragionevole* (*ein vernünftiger Grund*) per la differenziazione o per l'uguale trattamento da parte del legislatore. Contro l'arbitrio del legislatore Leibholz ammette il *richterliches Prüfungsrecht*, ossia la facoltà per il giudice di rifiutare l'applicazione di leggi che egli ritenga contrarie alla costituzione[88].

Il principio di uguaglianza e il concetto di legge sono tra loro correlati, e ciò significa, secondo Leibholz, che l'idea di uguaglianza racchiude l'obbligo, per il legislatore, di realizzare un *diritto giusto*. La norma arbitraria è infatti, a suo giudizio, un diritto non giusto (*unrichtiges*), ossia un non-diritto (*Unrecht*). Il concetto di giustizia viene così ricondotto da Leibholz all'idea di diritto e questo viene infine risolto nei principi posti dalla «coscienza giuridica vigente» (*das jeweilige Rechtsbewußtsein*)[89]. L'idea di giustizia risulta

G. ANSCHÜTZ, *Kommentar zur Verfassungsurkunde für den preußischen Staat vom 31. Januar 1850*, 1912, I, pp. 102 ss.

[88] G. LEIBHOLZ, *Die Gleichheit*, cit., p. 124.

[89] *Ibidem*, p. 87. Le posizioni espresse da Leibholz sono vicine, su questo punto, alle tesi espresse da Rümelin. Secondo Rümelin ogni epoca sviluppa idee etiche, che rappresentano il fondamento delle vigenti concezioni del diritto. Il legislatore e il giudice sono legati alle idee-guida dominanti. Nelle loro decisioni essi debbono sempre misurarsi con ciò che è realizzabile, ossia con ciò che corrisponde al «prevalente orientamento del tempo» (*überwiegenden Zeitströmung*); cfr. M. RÜMELIN, *Die Gerechtigkeit*, Tübingen 1920, pp. 56-57. Leibholz critica invece altre tesi di Rümelin, soprattutto là dove questi sostiene che è possibile dedurre l'idea di giustizia dagli scopi che l'ordinamento giuridico si propone di conseguire. Rümelin afferma infatti che, al di sopra dei concetti individualistici di giustizia, vi sono dei concetti più elevati di giustizia, in cui si esprime l'essenza del diritto – il diritto giusto – che può essere identificato con gli scopi della comunità; *ibidem*, p. 50.

così sempre condizionata in termini «territoriali», «temporali», «nazionali».

Certamente è apprezzabile l'individuazione di una chiara connotazione storica del problema della giustizia da parte di Leibholz, ma occorre altresì sottolineare che la «coscienza giuridica vigente», di cui egli parla, a Weimar non era certo univoca e che, infine, la sua identificazione dell'idea di democrazia con l'uguaglianza davanti alla legge, intesa come trattamento non arbitrario (ossia come giustizia), si rivela decisamente formale.

Altri autori di ispirazione socialdemocratica, come Neumann e Heller, svilupparono invece la concezione di una democrazia s o s t a n z i a l e, intendendola come progressiva realizzazione di una «omogeneità sociale». Questo concetto appare assai complesso, giacché non può essere interpretato in termini eslusivamente economici. H. Heller assegna infatti alla nozione di «omogeneità sociale» sia una connotazione economica, che una connotazione culturale.

9. *La democrazia come compromesso culturale*

La democrazia può sussistere, secondo Heller, solo come «omogeneità sociale». Ciò significa che essa deve basarsi su di una condizione socio-psicologica (*ein sozial-psychologischer Zustand*), in cui i conflitti e gli scontri tra gli interessi si svolgono sul fondamento di un comune «senso del noi» (*Wirbewußstein*), ossia su di una relativa equiparazione (*relative Angeglichenheit*)[90] delle coscienze. Questa condizione

[90] H. HELLER, *Democrazia politica ed omogeneità sociale* (1928), in «Quaderni Piacentini», 1983, n. 10, p. 145. Traduco *Angeglichenheit* con «equiparazione», invece che con «integrazione», a differenza di come è stato reso questo termine nella versione italiana del testo di Heller, soprattutto per distiguere la posizione di Heller da quella di Smend, che fu il principale teorico dell'«integrazione» (*Integration*). Smend usava il concetto di «integrazione» per indicare il senso di appartenenza alla comunità nazionale e la comune condivisione dei valori della nazione tedesca. Nel concetto di «omogeneità sociale» impiegato da Heller è assente ogni prospettiva di tipo «nazionalistico». Sulla teoria della de-

implica la consapevolezza che è possibile eliminare gradualmente le disuguaglianze sociali, senza peraltro giungere ad una piena soppressione della struttura antagonistica della società e delle differenze culturali di classe e di razza. Heller esclude tuttavia che questa *sozial-psychologische Angleichung des Bewußtsein*[91] debba essere intesa come «comune cultura nazionale». «Ben presto – egli scrive – l'idea di nazione apparirà... insufficiente a legittimare la creazione dell'unità democratica»[92].

La democrazia può reggersi solo sulla base di una comune coscienza sociale, che si alimenti della possibilità di giungere ad un progressivo superamento delle disparità sociali, riconoscendo la legittimità delle diverse posizioni culturali e delle istanze sociali avanzate dagli avversari politici. La democrazia di Weimar ci è apparsa come conflitto tra valori e come contrasto tra diritti. Ora aggiungiamo che per sussistere avrebbe dovuto essere anche un consapevole compromesso culturale e non invece, come si rivelò, un aspro scontro tra interessi, che miravano unicamente a sconfiggere l'avversario e a negarne la visione politico-culturale.

In uno scritto del 1924 H. Heller aveva rilevato come nella costituzione di Weimar comparisse una sezione dedicata alla vita economica, che non era presente in nessun'altra costituzione precedente e come essa ospitasse molte idee socialiste, oltre alla concezione individualistica propria dell'economia borghese. Lo spirito di questa parte della costituzione era quello di un possibile patto *(Übereinkunft)* allo scopo di una giusta ripartizione dei beni[93].

mocrazia di Heller cfr. I. STAFF, *Staatslehre in der Weimarer Republik*, in C. MÜLLER-I. STAFF (edd), *Staatslehre in der Weimarer Republik*, Frankfurt a.M. 1985, pp. 7 ss.

91 H. HELLER, *Politische Demokratie und soziale Homogenität* (1928), in *Gesammelte Schriften*, II: *Recht, Staat, Macht*, Leiden 1971.

92 H. HELLER, *Democrazia politica*, cit., p. 150.

93 H. HELLER, *Grundrechte und Grundpflichten* (1924), in *Gesammelte Schriften*, II, cit., p. 312.

Heller commenta il senso di questo possibile compromesso culturale con le parole di Fichte: «Lo scopo di tutta l'attività dell'uomo è quello di poter vivere; e a questa possibilità di vivere hanno la stessa pretesa giuridica tutti coloro che sono stati chiamati alla vita dalla natura»[94].

Nella prospettiva di una democrazia come compromesso culturale, i bisogni e i diritti che ne assicurano il soddisfacimento, sono definiti storicamente. Anche le concezioni della giustizia, in questa prospettiva vengono relativizzate, in quanto sono ricondotte al compromeso culturale tra gli interessi di una determinata società. Questo compromesso non si realizzò invece a Weimar.

Scriveva assai significativamente Heller nel 1928: «Solo quando il proletariato giunge a credere che l'uguaglianza democratica dei diritti con il suo strapotente avversario condanna la lotta di classe nella forma democratica alla perdita di ogni speranza, solo allora viene spinto verso la dittatura»[95].

10. *Weimar: la crisi di una democrazia e il fascino della dittatura*

H. Heller affronta il problema del passaggio dalla democrazia alla dittatura in un saggio del 1930. La crisi della democrazia viene ricondotta alla perdita del fondamento etico della legge[96]. Alla legge senza individualità si è andata sempre più sostituendo l'individualità senza legge, ossia una regolazione legislativa della vita «nata solo per garantire la sicurezza economica»: ma ciò non poteva essere altro che

[94] J.G. FICHTE, *Der geschlossene Handelstaat* (1800), in *Sämmtliche Werke*, III, Berlin 1845, p. 402.

[95] H. HELLER, *Democrazia politica*, cit., p. 147. Heller aggiungeva che il proletariato avrebbe rispettato la democrazia solo alla condizione che gli garantisse una qualche prospettiva di successo, *ibidem*, p. 148.

[96] H. HELLER, *Stato di diritto o dittatura?* (1930), in *L'Europa e il fascismo*, Milano 1987, p. 212.

«una tecnicizzazione intesa come spersonalizzante meccanizzazione»[97].

Questo esito della democrazia appare a Leibholz – che si pone nella stessa linea interpretativa già aperta da E. Troeltsch – il risultato di un processo di secolarizzazione che ha condotto infine ad una relativizzazione dei valori: la realtà della democrazia di Weimar si rivela così caratterizzata, a giudizio di Leibholz, dalla tecnicizzazione, positivizzazione e relativismo dei valori[98].

Agli inizi di Weimar la democrazia, secondo Leibholz, era stata improntata ad una forte omogeneità sociale e politica[99]. Questa coscienza politica della necessità di una omogeneità sociale si era realizzata, a suo giudizio, nel fronte comune creato dalla forza-lavoro e dalla borghesia per la composizione compromissoria degli interessi reciproci[100].

L'acuirsi della crisi economica e la polarizzazione dello scontro segnarono la fine dell'iniziale esperienza comunitaria realizzatasi in campo economico tra le diverse parti sociali. La polarizzazione del conflitto sociale si tradusse in una crisi del parlamentarismo e dello Stato dei partiti democratico di massa[101], come lo definisce Leibholz. Le masse non ritennero più possibile che, con la di-

[97] *Ibidem*, p. 213.

[98] G. LEIBHOLZ, *Die Auflösung*, cit., p. 42.

[99] *Ibidem*, p. 43. Leibholz fa un esplicito riferimento ad H. Heller ma, come viene chiarito nella nota seguente, l'impiego della categoria di «omogeneità sociale» non appare adeguato per interpretare la situazione iniziale della democrazia di Weimar.

[100] Espressione di quell'iniziale esperienza di mediazione degli interessi fu certamente la «comunità del lavoro» (*Arbeitsgemeinschaft*), che venne creata in seguito all'accordo del 15 novembre 1918 tra Stinnes e Legien in rappresentanza del fronte padronale e dei sindacati operai. Il successivo fallimento della democrazia di Weimar induce tuttavia a ritenere che quell'originaria mediazione degli interessi non avesse realizzato l'omogeneità sociale, intesa come *Angleichung des Bewußtseins*, che Heller pone come necessario presupposto della democrazia.

[101] G. LEIBHOLZ, *Die Auflösung*, cit., p. 15.

scussione parlamentare, si potessero risolvere i grandi conflitti politici ed economici.

La crisi del parlamentarismo significò la crisi del principio di legalità e il predominio della burocrazia giudiziaria, che si arrogò il diritto «di controllare la concordanza materiale di tutte le leggi con la costituzione del *Reich* fondando questa pretesa sull'affermazione, evidentemente errata, di possedere tale diritto da sempre»[102]. Tuttavia la burocrazia giudiziaria, che era portatrice di una nuova legittimità, contrapposta al principio di legalità, aveva una base sociale troppo debole perché potesse comporre un accordo tra i gruppi economici in conflitto[103].

Alla crisi del principio di legalità, dovuto alla impossibilità di raggiungere stabili maggioranze parlamentari, corrispose, sul piano ideologico, l'affermazione di posizioni irrimediabilmente individualistiche: alla «filosofia della legge impersonale» si contrappose la «filosofia dell'atto individuale»[104]. Fu la fine del *Bürger* e il trionfo del *Bourgeois*.

Per il *Bourgeois* non esistono più domande eterne, né problemi insolubili; egli conosce solo quei problemi di organizzazione e di metodo che vengono risolti attraverso la tecnica. Il *Bourgeois* così descritto è il *Bürger* depoliticizzato[105].

Anche R. Smend denunciò la crisi del rapporto Stato-cittadino (*Bürger*), che aveva dominato per tutto l'Ottocento, e ne cercò la soluzione nella rivitalizzazione della tradizione protestante tedesca auspicando un forte legame tra protestantesimo e democrazia[106].

102 H. HELLER, *Stato di diritto*, cit., p. 212. Heller fa riferimento, in particolare, alla sentenza del *Reichsgericht* nella causa civile del 4.11.1925.

103 O. KIRCHHEIMER, *Legalità e legittimità* (1932), in *Costituzione senza sovrano*, Bari 1982, p. 132.

104 H. HELLER, *Stato di diritto*, cit., p. 215.

105 H. HELLER, *Bürger und Bourgeois* (1932), in *Gesammelte Schriften*, II, Leiden 1971, p. 631.

106 R. SMEND, *Protestantismus und Demokratie* (1932), in R. SMEND,

Se la borghesia si orientò verso un individualismo privo di legami con lo Stato, le masse, a loro volta, finirono per vedere nel liberalismo individualista solo un limite alla loro possibilità di emancipazione[107].

In questo contesto si approfondisce la perdita di autorità della legge[108], che viene utilizzata solo per il soddisfacimento tecnico delle istanze particolari. La tecnicizzazione della legge fa sì che una gioventù assetata di valori morali sia attratta dalla dittatura. Essa si imporrà sulla base di un «sentimento nazionale», che pervaderà la nascita di una nuova comunità politica dove il richiamo all'autorità della «volontà democratica del popolo» servirà, in realtà, per legittimare una organizzazione corporativa del potere[109].

Questo fu l'esito della democrazia tedesca dopo la crisi economica, politica e culturale degli anni Venti. Esso fu certamente l'epilogo necessario di una democrazia che non riuscì a creare un comune senso di appartenenza alla comunità politica, e che si ridusse solo ad un aspro conflitto di diritti, di valori e di interessi. In breve, essa fu una democrazia priva di quel fondamento comune, ossia di quel reciproco riconoscimento delle diverse prospettive culturali e delle differenti istanze sociali, che avrebbe permesso di trovare un equilibrio tra le diverse possibilità cui aspiravano le parti in lotta.

Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, Zweite, erweiterte Auflage, Berlin 1968.

[107] G. LEIBHOLZ, *Die Auflösung*, cit., p. 51.

[108] Nella fase finale di Weimar la crisi del parlamentarismo si tradusse, come è noto, nella centralità del ruolo del Presidente del *Reich* e nella pratica delle ordinanze di necessità. Heller lamentava il fatto che i giuristi democratico-borghesi non sembravano porre il problema della centralità della legge e, prescindendo da ogni considerazione sul contenuto della legge, si limitavano ad affermare la necessità della conformità alla legge delle sentenze giudiziarie; cfr. H. HELLER, *Stato di diritto*, cit., p. 212.

[109] *Ibidem*, pp. 216 e 221.

Pubblicazioni dell'Istituto storico italo-germanico in Trento

Annali

I 1975
II 1976
III 1977
IV 1978
V 1979
VI 1980
VII 1981
VIII 1982
IX 1983
X 1984
XI 1985
XII 1986
XIII 1987
XIV 1988
XV 1989
XVI 1990
XVII 1991
XVIII 1992
XIX 1993

Quaderni

1. Il cattolicesimo politico e sociale in Italia e Germania dal 1870 al 1914, a cura di *Ettore Passerin D'Entrèves e Konrad Repgen*
2. Il movimento operaio e socialista in Italia e Germania dal 1870 al 1920, a cura di *Leo Valiani e Adam Wandruszka*
3. I poteri temporali dei vescovi in Italia e Germania nel Medioevo, a cura di *Carlo Guido Mor* e *Heinrich Schmidinger*
4. Il Concilio di Trento come crocevia della politica europea, a cura di *Hubert Jedin* e *Paolo Prodi*
5. Il liberalismo in Italia e in Germania dalla rivoluzione del

'48 alla prima guerra mondiale, a cura di *Rudolf Lill* e *Nicola Matteucci*

6. Austria e province italiane 1815-1918: potere centrale e amministrazioni locali. III Convegno storico italo-austriaco, a cura di *Franco Valsecchi* e *Adam Wandruszka*
7. La dinamica statale austriaca nel XVIII e XIX secolo. Strutture e tendenze di storia costituzionale prima e dopo Maria Teresa. Convegno di studi storici in occasione del secondo centenario della morte di Maria Teresa, a cura di *Pierangelo Schiera*
8. Le città in Italia e in Germania nel Medioevo: cultura, istituzioni, vita religiosa, a cura di *Reinhard Elze* e *Gina Fasoli*
9. Università, accademie e società scientifiche in Italia e in Germania dal Cinquecento al Settecento, a cura di *Laetitia Boehm* e *Ezio Raimondi*
10. Federico Barbarossa nel dibattito storiografico in Italia e in Germania, a cura di *Raoul Manselli* e *Josef Riedmann*
11. La transizione dall'economia di guerra all'economia di pace in Italia e in Germania dopo la prima guerra mondiale, a cura di *Peter Hertner* e *Giorgio Mori*
12. Il nazionalismo in Italia e in Germania fino alla prima guerra mondiale, a cura di *Rudolf Lill* e *Franco Valsecchi*
13. Aristocrazia cittadina e ceti popolari nel tardo Medioevo in Italia e in Germania, a cura di *Reinhard Elze* e *Gina Fasoli*
14. Finanze e ragion di Stato in Italia e in Germania nella prima Età moderna, a cura di *Aldo De Maddalena* e *Hermann Kellenbenz*
15. Konrad Adenauer e Alcide De Gasperi: due esperienze di rifondazione della democrazia, a cura di *Umberto Corsini* e *Konrad Repgen*
16. Strutture ecclesiastiche in Italia e in Germania prima della Riforma, a cura di *Paolo Prodi* e *Peter Johanek*
17. Il Trentino nel Settecento fra Sacro Romano Impero e antichi stati italiani, a cura di *Cesare Mozzarelli* e *Giuseppe Olmi*

18. Le visite pastorali. Analisi di una fonte, a cura di *Umberto Mazzone* e *Angelo Turchini*
19. Romani e Germani nell'arco alpino (secoli VI-VIII), a cura di *Volker Bierbrauer* e *Carlo Guido Mor*
20. La repubblica internazionale del denaro tra XV e XVII secolo, a cura di *Aldo De Maddalena* e *Hermann Kellenbenz*
21. Fascismo e nazionalsocialismo, a cura di *Karl Dietrich Bracher* e *Leo Valiani*
22. Cultura politica e società borghese in Germania fra Otto e Novecento, a cura di *Gustavo Corni* e *Pierangelo Schiera*
23. Istituzioni e ideologie in Italia e in Germania tra le rivoluzioni, a cura di *Umberto Corsini* e *Rudolf Lill*
24. Crisi istituzionale e teoria dello Stato in Germania dopo la Prima guerra mondiale, a cura di *Gustavo Gozzi* e *Pierangelo Schiera*
25. L'evoluzione delle città italiane nell'XI secolo, a cura di *Renato Bordone* e *Jörg Jarnut*
26. Fisco religione Stato nell'età confessionale, a cura di *Hermann Kellenbenz* e *Paolo Prodi*
27. La «conta delle anime». Popolazioni e registri parrocchiali: questioni di metodo ed esperienze, a cura di *Gauro Coppola* e *Casimira Grandi*
28. L'attesa della fine dei tempi nel Medioevo, a cura di *Ovidio Capitani* e *Jürgen Miethke*
29. Enciclopedia e sapere scientifico. Il diritto e le scienze sociali nell'Enciclopedia giuridica italiana, a cura di *Aldo Mazzacane* e *Pierangelo Schiera*
30. Statuti città territori in Italia e Germania tra Medioevo ed Età moderna, a cura di *Giorgio Chittolini* e *Dietmar Willoweit*
31. Il «Kulturkampf» in Italia e nei paesi di lingua tedesca, a cura di *Rudolf Lill* e *Francesco Traniello*
32. I concetti fondamentali delle scienze sociali e dello Stato in Italia e in Germania tra Ottocento e Novecento, a cura di *Raffaella Gherardi* e *Gustavo Gozzi*
33. Il nuovo mondo nella coscienza italiana e tedesca del Cinquecento, a cura di *Adriano Prosperi* e *Wolfgang Reinhard*

34. Visite pastorali ed elaborazione dei dati. Esperienze e metodi, a cura di *Cecilia Nubola* e *Angelo Turchini*
35. Il secolo XI: una svolta?, a cura di *Cinzio Violante* e *Johannes Fried*
36. Dalla città alla nazione. Borghesie ottocentesche in Italia e in Germania, a cura di *Marco Meriggi* e *Pierangelo Schiera.*
37. L'organizzazione del territorio in Italia e Germania: secoli XIII-XIV, a cura di *Giorgio Chittolini* e *Dietmar Willoweit*
38. Le minoranze tra le due guerre, a cura di *Umberto Corsini* e *Davide Zaffi*
39. Origini dello Stato. Processi di formazione statale in Italia fra medioevo ed età moderna, a cura di *Giorgio Chittolini, Anthony Molho* e *Pierangelo Schiera*
40. Disciplina dell'anima, disciplina del corpo e disciplina della società tra medioevo ed età moderna, a cura di *Paolo Prodi*
41. Regioni di frontiera nell'epoca dei nazionalismi. Alsazia e Lorena/Trento e Trieste 1870-1914, a cura di *Angelo Ara* e *Eberhard Kolb*

Monografie

1. Il mais nell'economia agricola lombarda (dal secolo XVII all'unità), di *Gauro Coppola*
2. Potere e costituzione a Vienna fra Sei e Settecento. Il «buon ordine» di Luigi Ferdinando Marsili, di *Raffaella Gherardi*
3. Il sovrano pontefice. Un corpo e due anime: la monarchia papale nella prima età moderna, di *Paolo Prodi*
4. Stato assoluto e società agraria in Prussia nell'età di Federico II, di *Gustavo Corni*
5. Il laboratorio borghese. Scienza e politica nella Germania dell'Ottocento, di *Pierangelo Schiera*
6. Chiesa e potere nella Toscana del Quattrocento, di *Roberto Bizzocchi*
7. L'uomo di mondo fra morale e ceto. Kant e le trasformazioni del Moderno, di *Nestore Pirillo*

8. Disciplinamento in terra veneta. La diocesi di Brescia nella seconda metà del XVI secolo, di *Daniele Montanari*
9. Modelli politici e questione sociale in Italia e in Germania fra Otto e Novecento, di *Gustavo Gozzi*
10. I principi vescovi di Trento fra Roma e Vienna, 1861-1918, di *Sergio Benvenuti*
11. Inquisitori e mistici nel Seicento italiano. L'eresia di S. Pelagia, di *Gianvittorio Signorotto*
12. La ragione sulla Sprea. Coscienza storica e cultura politica nell'illuminismo berlinese, di *Edoardo Tortarolo*
13. La coscienza e le leggi. Morale e diritto nei testi per la confessione della prima età moderna, di *Miriam Turrini*
14. Stato e funzionari nella Francia del Settecento: gli «ingénieurs des ponts et chaussées», di *Luigi Blanco*
15. Il sacramento del potere. Il giuramento politico nella storia costituzionale dell'Occidente, di *Paolo Prodi*
16. Dalla biologia cellulare alle scienze dello spirito. Aspetti del dibattito sull'individualità nell'Ottocento tedesco, di *Andrea Orsucci*
17. L'inventario del mondo. Catalogazione della natura e luoghi del sapere nella prima età moderna, di *Giuseppe Olmi*
18. Germania e Santa Sede. Le nunziature di Pacelli tra la Grande guerra e la Repubblica di Weimar, di *Emma Fattorini*
19. Legislazione e riforme nel Trentino del Settecento. Francesco Vigilio Barbacovi tra assolutismo e illuminismo, di *Maria Rosa Di Simone*
20. Conoscere per governare. La diocesi di Trento nella visita pastorale di Ludovico Madruzzo, di *Cecilia Nubola*
21. La sfida delle riforme. Costituzione e politica nel liberalismo prussiano (1850-1866), di *Anna Gianna Manca*
22. Genealogie incredibili. Scritti di storia nell'Europa moderna, di *Roberto Bizzocchi*

Contributi/Beiträge

1. Italia e Germania. Immagini, modelli, miti fra due popoli nell'Ottocento: Il Medioevo / Das Mittelalter. Ansichten

Stereotypen und Mythen im neunzehnten Jahrhundert: Deutschland und Italien, a cura di/hrsg. von *Reinhard Elze - Pierangelo Schiera*

2. L'Antichità nell'Ottocento / Die Antike im neunzehnten Jahrhundert, a cura di/hrsg. von *Karl Christ - Arnaldo Momigliano*
3. Il Rinascimento nell'Ottocento in Italia e Germania / Die Renaissance im 19. Jahrhundert in Italien und Deutschland, a cura di/hrsg. von *August Buck - Cesare Vasoli*
4. Immagini a confronto: Italia e Germania dal 1830 all'unificazione nazionale / Deutsche Italienbilder und italienische Deutschlandbilder in der Zeit der nationalen Bewegungen (1830-1870), a cura di/hrsg. von *Angelo Ara - Rudolf Lill*
5. Gustav Schmoller e il suo tempo: la nascita delle scienze sociali in Germania e in Italia / Gustav Schmoller in seiner Zeit: die Entstehung der Sozialwissenschaften in Deutschland und Italien, a cura di/hrsg. von *Pierangelo Schiera - Friedrich Tenbruck*
6. Gustav Schmoller oggi: lo sviluppo delle scienze sociali in Germania e in Italia / Gustav Schmoller heute: Die Entwicklung der Sozialwissenschaften in Deutschland und Italien, a cura di/hrsg. von *Michael Bock - Harald Homann - Pierangelo Schiera*
7. Il potere delle immagini. La metafora politica in prospettiva storica / Die Macht der Vorstellungen. Die politische Metapher in historischer Perspektive, a cura di/hrsg. von *Walter Euchner - Francesca Rigotti - Pierangelo Schiera*

Schriften des Italinenisch-Deutschen Historischen Instituts in Trient

1. Faschismus und Nationalsozialismus, hrsg. von *Karl Dietrich Bracher - Leo Valiani*, Berlin 1991, Duncker & Humblot
2. Stadtadel und Bürgertum in den italienischen und deutschen Städten des Spätmittelalters, hrsg. von *Reinhard Elze - Gina Fasoli*, Berlin 1991, Duncker & Humblot
3. Statuten, Städte und Territorien zwischen Mittelalter und Neuzeit in Italien und Deutschland, hrsg. von *Giorgio Chittolini - Dietmar Willoweit*, Berlin 1992, Duncker & Humblot

4. Finanz und Staatsräson in Italien und Deutschland in der frühen Neuzeit, hrsg. von *Aldo De Maddalena - Hermann Kellenbenz,* Berlin 1992, Duncker & Humblot
5. Der Kulturkampf in Italien und in den deutschsprachigen Ländern, hrsg. von *Rudolf Lill - Francesco Traniello*, Berlin 1992, Duncker & Humblot
6. Die Neue Welt im Bewußtsein der Italiener und der Deutschen des 16. Jahrhunderts, hrsg. von *Adriano Prosperi - Wolfgang Reinhard,* Berlin 1993, Duncker & Humblot
7. Fiskus Kirche und Staat im konfessionellen Zeitalter, hrsg. von *Hermann Kellenbenz - Paolo Prodi*, Berlin 1995, Duncker & Humblot.